0 BD

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

De minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Directie Strategie en Ontwikkeling

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000
F (088) 36 10022
www.rechtspraak.nl

datum
contactpersoon .
e-mail
telefoonnummer
ons kenmerk
uw kenmerk
onderwerp Advies concept-wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Geachte heer Opstelten,

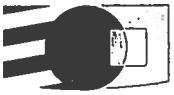
Bij brief van 24 juli 2013 met bovengenoemd kenmerk, ontvangen op 24 juli 2013 heeft u het concept-wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude) ter advisering aan de Raad voor de rechtspraak voorgelegd met het verzoek om het advies uiterlijk 1 oktober 2013 aan u te sturen.

De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) heeft de Raad voor de rechtspraak een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen op het terrein van de rechtspleging. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad voor de rechtspraak de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid.

Conform artikel 95 van de Wet RO stelt de Raad de adviezen vast na overleg met de gerechten. Mede in verband hiermee hanteert de Raad een adviestermijn van twee maanden. In de zomermaanden wordt deze adviestermijn in verband met de beperkte bezetting vermeerderd met twee extra weken.

De Raad streeft ernaar het advies uiterlijk 10 oktober 2013, en zoveel eerder als mogelijk, aan u toe te sturen.

Hoogachtend,



de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak



De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Directie Strategie en Ontwikkeling

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 0000
f (088) 361 0022
www.rechtspraak.nl

datum	17 oktober 2013
van	Directie Strategie & Ontwikkeling
contactpersoon	
doorkiesnummer	
e-mail	
kamernummer	
ons kenmerk	UIT 7333 S&O / RK
uw kenmerk	408855
bijlage(n)	1
onderwerp	Advies herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 24 juli 2013 met opgemeld kenmerk verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de "**Raad**") u te adviseren over het conceptwetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude) (het "**Wetsvoorstel**").

Blijkens de Memorie van Toelichting ("**MvT**") wordt met het Wetsvoorstel deels modernisering en vereenvoudiging van de betreffende strafbepalingen voorgesteld met het oog op verbetering van de praktische bruikbaarheid daarvan, en deels aanvulling van het wettelijk instrumentarium. In verband met dit laatste wordt een algemeen geldende strafrechtelijke bescherming tegen het niet voeren van een adequate administratie door rechtspersonen en ondernemingen voorgesteld en voorziet het Wetsvoorstel in de nieuwe mogelijkheid dat strafrechtelijk wordt opgetreden tegen laakbaar handelen dat een rechtspersoon in ernstige financiële problemen brengt, ook als dat niet tot faillissement leidt. Met laatstgenoemde nieuwe strafbaarstelling wordt volgens de MvT onder meer de preventieve werking die het strafrecht kan hebben in verband met het voorkomen van faillissementen versterkt.

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[1]

[1] De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

Advies

1. Opmerking vooraf

De Raad onderschrijft de ambitie om de aanpak van faillissementsfraude te versterken. Een voortvarende aanpak van dergelijke fraude is van groot belang voor het vertrouwen in het handelsverkeer en zuivere concurrentieverhoudingen, en de Raad deelt de mening van het kabinet dat de huidige aanpak voor verbetering vatbaar is. De Raad onderschrijft in dit verband op zichzelf ook de wenselijkheid van modernisering en vereenvoudiging van de betreffende strafrechtelijke wetsbepalingen. De Raad hecht er echter aan om, voorafgaand aan de bespreking van het Wetsvoorstel als zodanig, op te merken dat voor een daadwerkelijke versterking van de aanpak van deze fraude niet kan worden volstaan met alleen een herziening van het juridische kader maar ook de feitelijke aanpak van faillissementsfraude dient te worden versterkt. Verhoging van de prioriteit die aan de opsporing en vervolging van faillissementsfraude wordt toegekend is daarom minstens zo belangrijk als, zo niet belangrijker dan herziening van het juridische kader. Naar waarneming van de rechters-commissarissen die met het toezicht op insolventies zijn belast, heeft dit onderwerp momenteel overwegend lage prioriteit bij politie en openbaar ministerie. Dit leidt tot een lage pakkans, daarmee tot een lage afschrikwekkende werking, lage aangiftebereid bij curatoren en een laag kennisniveau over de bestaande delictsvormen bij betrokkenen in de strafrechtsketen. Lokale initiatieven in de praktijk, zoals het fraudemeldpunt van het parket Den Haag waar faillissementsfraude multidisciplinair wordt aangepakt, in samenwerking met onder meer curatoren en de afdeling insolventie van de rechtbank Den Haag, laten bovendien zien dat het ook binnen de huidige regelgeving mogelijk is om zaken succesvol te vervolgen. Naast strafrechtelijke versterking is ook uitbreiding van het gebruik van het civiele instrumentarium door het openbaar ministerie in dit verband van belang: het aanvragen van het faillissement van een malafide onderneming[2], ontbinding van een rechtspersoon of (in de toekomst) het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod[3]. Tijdig gebruik van deze instrumenten kan waarschijnlijk veel problemen voorkomen.

2. Vereenvoudiging?

Als gezegd wordt met het Wetsvoorstel onder meer vereenvoudiging en betere bruikbaarheid van de bestaande strafbepalingen beoogd. De Raad vraagt zich af of de uitwerking in het Wetsvoorstel daarin daadwerkelijk voorziet.

Voor een voortvarende strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude is van belang dat de wetgeving voor de professionals in de praktijk zo helder en duidelijk mogelijk is. Voorop dient te staan dat opsporingsambtenaren bij het begin van een vermoeden van een strafbaar feit niet in het duister tasten ten aanzien van de vraag welke elementen/bestanddelen essentieel zijn voor het bewijs, en ook dat de wetgeving in de rechtszaal er niet toe moet leiden dat er voor het leveren van bewijs vaker dan gebruikelijk deskundigen moeten worden ingeschakeld of getuigen gehoord. Om dit te bevorderen verdient het aanbeveling dat de bestanddelen van de strafbepalingen zo concreet en doelgericht

---

[2] Ex artikel 1 van de Faillissementswet.

[3] Over een voorontwerp van een daartoe strekkend wetsvoorstel heeft de Raad op 2 juli 2013 advies uitgebracht, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder nummer 2013/24.

mogelijk geformuleerd worden. Dit ter afbakening van dat gedrag dat niet strafbaar behoort te zijn of ter afbakening van andere sanctionerende rechtsgebieden (civiel recht dan wel bestuursrecht).

In dit verband valt op dat in het Wetsvoorstel enkele bestaande bestanddelen en open normen worden gehandhaafd die reeds in de huidige praktijk voor bewijsproblemen kunnen zorgen, zoals het 'verdichten van lasten' en 'buitensporige uitgaven'. Ook valt op dat met het Wetvoorstel enkele civielrechtelijke normen in het strafrecht worden geïntroduceerd die naar mening van de Raad dusdanig ruim en/of abstract zijn dat deze de bewijslevering van faillissementsfraude naar verwachting eerder zullen compliceren dan vereenvoudigen.[4] Hoewel deze normen uiteraard zijn ingekaderd in de civielrechtelijke jurisprudentie, is daarmee nog niet gezegd dat deze eenvoudig in het strafrecht inpasbaar zijn, gelet op de andere materieelrechtelijke dogmatiek die daarop van toepassing is (denk bijvoorbeeld aan strafrechtelijke begrippen als opzet, schuld en wederrechtelijkheid).

De Raad constateert in de tweede plaats dat enkele van de voorgestelde artikelen (op onderdelen) niet aansluiten bij de huidige wetssystematiek van het Wetboek van Strafrecht, dan wel dat de MvT op die punten nadere motivering behoeft.

De Raad adviseert het Wetsvoorstel in de hiervoor bedoelde zin aan te passen. Een toelichting bij het voorgaande, alsmede een alternatief tekstvoorstel, is opgenomen in een bijlage met wetstechnisch commentaar die bij dit advies is gevoegd.

3. Strafrechtelijke aanpak van onbehoorlijk bestuur

Met het Wetsvoorstel wordt onbehoorlijk bestuur van een rechtspersoon of onderneming onder de reikwijdte van de strafrechtelijke faillissementsfraudebepalingen gebracht. In dit verband worden enkele civielrechtelijke en bestuursrechtelijke normen in het strafrecht geïntroduceerd, te weten het 'zorgvuldig handelen van het bestuur' (MvT, p. 2), 'onverantwoord ondernemerschap' (MvT, p. 7) en 'vereisten van behoorlijk bestuur'(MvT, p. 9 en 10). In het voorgestelde artikel 347, tweede en derde lid, Sr worden bovendien handelingen door de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon strafbaar gesteld, onafhankelijk van het intreden van een faillissement. Dit laatste zou onder meer faillissementen kunnen voorkomen (MvT, p. 2).

De Raad vraag zich af of het, nog los van het open karakter daarvan, wenselijk is om dergelijke normen in het strafrecht te introduceren, nu in het civiele recht en het bestuursrecht immers al ruime mogelijkheden bestaan om onbehoorlijk bestuur aan te pakken, bijvoorbeeld de bepalingen van behoorlijk bestuur in het Burgerlijk Wetboek[5], de *corporate governance* bepalingen[6] en de procedure voor de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam met betrekking tot gebleken wanbeleid[7]. In dit verband merkt de Raad ook op dat te verwachten valt dat de introductie van het voorgestelde artikel 347, tweede en derde lid, Sr zal leiden een aanzienlijke toename van het aantal aangiften, gelet

[4] Bijvoorbeeld 'zorgvuldig handelen van het bestuur' (MvT, p. 2) en 'onverantwoord ondernemerschap' (MvT, p. 7).
[5] Artt. 2:9, 2:50a, 2:138, 2:300a en 2:248 BW.
[6] Code Tabaksblat, art. 5:86 Wet op het financieel toezicht jo. art. 2:391 BW.
[7] Artt. 2:355 en 3:356 BW.

op de ruime opzet van die artikelen en gelet ook op het huidige tijdsgewricht (maatschappelijke onvrede over bonussen bij banken en beursgenoteerde ondernemingen en mislukte commerciële projecten van en wanbeleid bij semioverheidsinstellingen). Nu die aangiften in veel gevallen geen betrekking zullen hebben op faillissementsfraude, leidt dit artikel mogelijk tot het ongewenste neveneffect van een inefficiënt beroep op de schaarse capaciteit van de strafrechtspleging en daarmee ook tot een averechts effect ten aanzien de doelstelling van het Wetsvoorstel. De Raad verwacht daarnaast – anders dan in de MvT is verwoord – niet dat deze strafbaarstelling faillissementen zal kunnen voorkomen omdat het doorgaans daarvoor dan al te laat zal zijn. De Raad mist in de MvT bovendien een onderbouwing van de noodzaak van een strafrechtelijke aanpak van onbehoorlijk bestuur, en adviseert de keuze hiertoe te heroverwegen dan wel nader te onderbouwen.

4. Uitbreiding strafbaarstelling natuurlijke personen in de schuldsanering

De Raad ziet geen noodzaak voor de voorgestelde uitbreiding van de strafbaarstelling van handelingen van natuurlijke personen ten aanzien van wie de wet schuldsanering (WSNP) van toepassing is verklaard. De Raad is van mening dat het onthouden/ontnemen van de "schone lei" voldoende afschrikwekkend werkt.

5. Europees perspectief

De Raad mist in de MvT het Europese perspectief. Dit perspectief mag naar mening van de Raad in dit tijdsgewricht niet ontbreken, gelet op de Europese interne markt en de transnationale handhaving van delicten binnen Europa, waarbij het beginsel van wederzijdse erkenning een steeds grotere rol zal gaan spelen. Het is van belang hierop te anticiperen middels gebruik van eenduidigheid in de formulering van de delicten en de handhaving daarvan. De Raad adviseert de MvT hiermee aan te vullen.

Werklastgevolgen

Het Wetsvoorstel heeft naar verwachting geen substantiële werklastgevolgen voor de Rechtspraak.

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de informatievoorziening aan en de voorbereiding van de gerechten op de invoering van de onderhavige regeling verzoekt de Raad u hem te informeren over de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede respectievelijk de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wettekst in het Staatsblad.

Hoogachtend,

Mr. F.C. Bakker
Voorzitter

2013-0114-SD-14-3

Bijlage 1 Wetstechnisch commentaar

Open normen

- *"Buitensporig"*

De voorgestelde artikelen 340, 342, 343, onder 2, en 347, tweede en derde lid, Sr vereisen dat uitgaven 'buitensporig' zijn gedaan, dan wel dat 'middelen' van de rechtspersoon buitensporig zijn verbruikt, uitgegeven of vervreemd. In de MvT wordt het begrip 'buitensporig' omschreven als 'volstrekt onredelijk'. Daarbij wordt verwezen naar een uitspraak van de Hoge Raad van 13 december 2011 (NJ 2012/9), waarin –volgens de opsteller van het wetsvoorstel - een omschrijving van 'buitensporig' wordt gegeven. Die omschrijving biedt naar het oordeel van de Raad evenwel geen houvast, nu deze ook abstract is en daarmee niet als een nadere invulling van het begrip kan worden beschouwd. Het is aan de wetgever om die invulling te geven. Het hanteren van het begrip 'buitensporig' is te meer problematisch, nu in de artikelen 340, 342 en 347, tweede en derde lid, Sr een causaal verband wordt vereist tussen enerzijds het doen van buitensporige uitgaven (artikel 340 Sr), dan wel het buitensporig middelen verbruiken, uitgeven of vervreemden (artikel 342 en 347, tweede en derde lid, Sr), en anderzijds de benadeling van schuldeisers. Deze causaliteitseis maakt het bijzonder lastig tot bewijs te komen. Het leveren van (tegen)bewijs van dit causaal verband zal veelal het horen van deskundigen en getuigen met zich brengen en bijgevolg aan een snelle en efficiënte afdoening van strafzaken in de weg staan.

- *"Klaarblijkelijk"*

Het voorgestelde artikel 341, eerste lid onder 2 en tweede lid onder 2, Sr vereist dat enig goed 'klaarblijkelijk' beneden de waarde is vervreemd. Ook voor het begrip 'klaarblijkelijk' geldt dat het dusdanig ruim is dat het voorzienbare bewijsproblemen met zich brengt.

- *"Ernstig nadeel"*

Het voorgestelde artikel 347, tweede en derde lid, Sr vereist dat de rechtspersoon 'ernstig' nadeel ondervindt ten gevolge van het buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van die rechtspersoon. Ook hiervoor geldt hetgeen met betrekking tot het begrip 'buitensporig' is opgemerkt.

- *"Bemoeilijkt"*

Het voorgestelde artikel 344a, derde lid, Sr vereist dat de vereffening wordt bemoeilijkt ten gevolge van het niet voldoen aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers. Voor het begrip 'bemoeilijken' geldt wederom hetgeen hiervoor is opgemerkt.

Wetssystematiek

- *Onderscheid natuurlijke personen en rechtspersonen*

In de voorgestelde (en ook overigens de huidige) strafbaarstelling van faillissementsfraude wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds faillissementsfraude begaan door natuurlijke personen (artikel 340, 341, eerste lid, en 344a, eerste lid, Sr) en anderzijds faillissementsfraude begaan door

rechtspersonen (artikel 342, 343 en 344a, tweede lid, Sr), dan wel hun bestuurders en commissarissen. Daarmee sluit het Wetsvoorstel niet aan bij het bepaalde in artikel 51 Sr, terwijl blijkens het voorgestelde artikel 84a, eerste lid, Sr de wetgever wel (ook) voor ogen staat de strafbaarstelling van hen die aan faillissementsfraude feitelijk leiding hebben gegeven. In de MvT wordt over dit onderscheid niet méér opgemerkt dan dat *'[o]p basis van dit onderscheid [...] de strafrechtelijke normstelling in het kader van het faillissement van een rechtspersoon preciezer [kan] worden toegesneden op de gedragingen van betrokken bestuurders en commissarissen en de geldende normen in de economische sector'*. Zoals bekend kan zo goed als bijna elke materiële gedraging zowel door een natuurlijke als door een rechtspersoon worden begaan: zie hiervoor artikel 51, eerste lid Sr. Opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers vallen bovendien onder het bereik van art 51, tweede lid aanhef en onder ten tweede Sr. Bewijstechnisch en wetssystematisch is het hanteren van artikel 51 Sr dan ook te prefereren boven de nieuwe voorgestelde wettekst die een meer civielrechtelijke inslag lijkt te hebben.

- *Overlap voorgestelde artikel 347, derde lid met andere strafbepalingen*

De gedragingen die vallen onder het voorgestelde artikel 347, derde lid, Sr kunnen veelal ook onder verduistering in de artikelen 321 en 322 en/of oplichting in artikel 326 Sr worden geschaard, zoals ook in de MvT (p. 10) is aangegeven. Toevoeging van een dergelijke bepaling is dan vanuit het oogpunt van wetssystematiek overbodig en verwarrend.

- *Meewerken, toestemming geven en bijdragen*

In de voorgestelde artikelen 342 en 347, eerste en tweede lid, Sr wordt, naast de bestuurder of commissaris die buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd, ook strafbaar gesteld de bestuurder of commissaris die daaraan heeft 'meegewerkt', daarvoor zijn 'toestemming heeft gegeven' of 'anderszins daaraan heeft bijgedragen'. De handelingen 'meewerken', 'toestemming geven' en 'bijdragen' impliceren vormen van deelneming die al in de artikelen 47 Sr (doen plegen, medeplegen en uitlokken) en 48 Sr (medeplichtigheid) zijn ondergebracht en zijn dan ook overbodig en verwarrend. Indien gewenst kan het openbaar ministerie één van de deelnemingsvormen ten laste leggen.

- *Kwalificatie*

In tegenstelling tot de huidige artikelen 340 (eenvoudige bankbreuk) en 341 Sr (bedrieglijke bankbreuk) wordt in de voorgestelde artikelen geen handzame kwalificatie gegeven die het voor de praktijk hanteerbaar houdt en voor de justitiabele inzichtelijk.

Tekstvoorstel:
Teneinde de strafbaarstelling van faillissementsfraude aansluiting te doen vinden bij de huidige wetssystematiek en de problematiek omtrent het bewijs van faillissementsfraude te beperken, wordt de volgende alternatieve wettekst voorgesteld:

"Hij die in staat van faillissement is verklaard en, vóór of na de faillietverklaring, rechtshandelingen verricht, voorwerpen overdraagt of baten niet verantwoordt, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld, wordt gestraft met ..."

Een wetsvoorstel in dergelijke bewoordingen betekent een (sterke) vereenvoudiging van de huidige strafbaarstelling van faillissementsfraude, terwijl bestuurders en commissarissen, voor zover zij tot het feit opdracht hebben gegeven, dan wel daaraan feitelijk leiding hebben gegeven, nog altijd onder de strafbaarstelling vallen (vgl. artikel 51 Sr). Een onderscheid in een strafbaarstelling voor enerzijds natuurlijke personen en anderzijds rechtspersonen wordt aldus overbodig. Ook het in verband met dit onderscheid voorgestelde artikel 84a Sr kan daarmee vervallen.

Overige wetstechnische opmerkingen:

- *"Zonder geldige reden"*

Het voorgestelde artikel 194, eerste lid, Sr vereist dat 'zonder geldige reden' opzettelijk is weggebleven. Opgemerkt wordt dat reeds het opnemen van de woorden 'opzettelijk wegblijven', zonder de toevoeging van de woorden 'zonder geldige reden', voldoet aan de doelstelling van de bepaling, te weten, in de woorden van de MvT, de 'sanctionering van de inlichtingenplichten die bestaan op grond van de Faillissementswet'. Het kan worden geschrapt dan wel met een expliciete verwijzing naar de Faillissementswet opgenomen worden.

- *"Indien"*

Het gebruik van het woord 'indien' in (onder meer) de voorgestelde artikelen 340 en 342 Sr op plaatsen waar niet méér wordt vereist dan het vervullen van een bestanddeel kan voor onduidelijkheden zorgen.

- *"Wederrechtelijk"*

De voorgestelde artikelen 341, eerste lid onder 3 en tweede lid onder 3, 343, onder 3 en 344, eerste lid onder 2 en tweede lid onder 2, Sr vereisen dat schuldeisers wederrechtelijk zijn bevoordeeld (artikel 341, eerste lid onder 3 en tweede lid onder 3, 343, onder 3 Sr), dan wel dat een derde zich wederrechtelijk heeft laten bevoordelen (artikel 344, eerste lid onder 2 en tweede lid onder 2, Sr). Toevoeging van het bestanddeel 'wederrechtelijk' zou een (niet noodzakelijke) beperking van de reikwijdte van de voornoemde bepalingen betekenen, nu de gedraging wordt verondersteld wederrechtelijk te zijn en aan zijn schuld te wijten; het is dan aan de verdachte aannemelijk te maken dat hij gerechtvaardigd heeft gehandeld (bijvoorbeeld uit eigen rechtstitel).

- *"Middelen"*

In de voorgestelde artikelen 342, 343, onder 2, en 347, tweede en derde lid, Sr wordt gesproken over 'middelen van de rechtspersoon'. Opgemerkt wordt dat in plaats van het gebruik van het begrip 'middelen', wetsystematisch beter aangesloten kan worden bij het begrip 'voorwerpen' en de definiëring daarvan in de artikelen 36e, zesde lid, Sr en artikel 420bis, tweede lid, Sr en 420quater, tweede lid, Sr. Het begrip 'voorwerpen' ziet immers ook op zaken en vermogensrechten.

- *"Desgevraagd"*

Het voorgestelde artikel 344a, eerste lid onder 1, vereist dat desgevraagd niet terstond de administratie aan de curator is verstrekt. Opgemerkt wordt dat toevoeging van het woord 'desgevraagd' niet noodzakelijk is, nu dit reeds besloten ligt in de faillissementswettelijke verplichtingen als zodanig.

- *"Verwijtbaar niet administreren"*

Ten aanzien van het bepaalde in het voorgestelde artikel 344a, derde lid Sr, wordt opgemerkt dat het begrip 'bemoeilijken' opzet impliceert, terwijl het voorgestelde artikel 344a, derde lid, Sr, in de woorden van de MvT, het 'verwijtbaar niet administreren' (bewuste schuld) strafbaar stelt. Dit lijkt tegenstrijdig met elkaar en kan in een strafproces zeker tot juridische 'haarkloverij' leiden waardoor de Hoge Raad uiteindelijk de knoop zal moeten doorhakken. Ook hier moet de oplossing worden gevonden – voor zover nodig – in het hiervoor uiteengezette denkschema: de wederrechtelijkheid en de schuld in de zin van verwijtbaarheid worden verondersteld aanwezig te zijn; het is dan aan de verdachte aannemelijk te maken dat deze verwijtbaarheid (of wederrechtelijkheid) wegvalt. Nu 'bemoeilijken' reeds een zogenoemd ingeblikt' opzet bevat, past 'verwijtbaar niet administreren' niet in dit schema.

Overig redactioneel commentaar:

- In artikel 341 lid 1 onder 1 Sr moet staan *"verdicht heeft of verdicht"* in plaats van *"verdicht of heeft verdicht"*. Dit omdat hierin eerst de situatie van vóór faillissement wordt beschreven en dan pas van tijdens faillissement;

- In artikel 341 lid 1 en 2 steeds onder 2 Sr: *"of vervreemdt"* moet worden geschrapt. Dit slaat namelijk op *"tijdens faillissement"*, terwijl deze strafbaarstelling enkel betrekking heeft op de situatie vóór faillissement;

- In artikel 344 lid 1 onder 2 Sr moet staan *"zich wederrechtelijk bevoordeelt of laat bevoordelen, dan wel zich wederrechtelijk heeft bevoordeeld of zich heeft laten bevoordelen"* in plaats van wat er nu staat. Aanhef lid 1 begint namelijk eerst met de situatie tijdens faillissement en dan pas met vóór faillissement;

- In artikel 344 lid 2 onder 1 Sr moet staan *"onttrekt of heeft onttrokken"* in plaats van hoe het er nu staat. Ook weer omdat aanhef lid 2 eerst begint met situatie tijdens WSNP en dan met de situatie voorafgaande aan de WSNP.

NEDERLANDSE
VERENIGING
VOOR RECHTSPRAAK

0 BD

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
21 oktober 2013

Uw kenmerk
408855

Contactpersoon

Onderwerp
Advies op het concept-wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 24 juli 2013, met kenmerk 408855, heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) om advies gevraagd over het concept-wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten.
Dit advies is voorbereid door leden van de vereniging en is vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Strekking wetsvoorstel

Dit concept-wetsvoorstel strekt, blijkens de memorie van toelichting, tot verbetering en modernisering van de faillissementsbepalingen in het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Uitgangspunt hierbij is dat de bepalingen voorzien in strafrechtelijke handhaving van normen uit de Faillissementswet, maar daarnaast ook zelfstandig toepasbaar zijn. Voorts is, blijkens de memorie van toelichting, het opzetverband in de bepalingen tegen het licht gehouden. Ten slotte wordt voorgesteld een duidelijk onderscheid aan te brengen tussen de strafbaarstelling van enerzijds delicten gepleegd in het kader van het faillissement van een natuurlijk persoon en anderzijds delicten in verband met het faillissement van een rechtspersoon.

Advisering

De NVvR kan zich in grote lijnen vinden in het wetsvoorstel. Met name het gemoderniseerde en duidelijkere taalgebruik van de meeste strafbepalingen en de scherpere formulering van zowel het opzetverband als de aanduiding van handelingen die zijn gepleegd voor of tijdens het faillissement, zijn volgens de NVvR grote verbeteringen. Het feit dat op nagenoeg alle bankbreukdelicten voorlopige hechtenis van toepassing is, betekent een behoorlijke vergroting van de slagkracht van de opsporing. De uitbreiding van de strafbepalingen zonder faillissement maakt mogelijk dat vaker strafrechtelijk kan worden ingegrepen voordat het faillissement is ingetreden.

Lange Voorhout 7 • Postbus 30315, 2500 GH Den Haag
Telefoon: 070-3611420 • info@nvvr.org • www.nvvr.org

De NVvR wil ook enkele artikelsgewijze kritische kanttekeningen maken bij het wetsvoorstel.

De NVvR meent dat thans de behoefte in de rechtspraktijk aan het voorgestelde artikel 84a, eerste lid, Sr onvoldoende duidelijk is gemaakt in de memorie van toelichting, nu in de jurisprudentie al het feitelijk bestuurdersbegrip wordt geaccepteerd. Hierbij moet bovendien worden bedacht dat de plaats van de voorgestelde bepaling in het wetboek tot gevolg heeft dat de verruiming van het bestuurdersbegrip naast de faillissementsdelicten ook ziet op andere strafbepalingen van het Wetboek van Strafrecht, terwijl in de memorie van toelichting hieraan geen aandacht is besteed en niet valt te overzien welke gevolgen dit voor de rechtspraktijk met zich meebrengt. De NVvR verzoekt de minister de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.
Ook het tweede lid is volgens de NVvR overbodig, gelet op artikel 51 Sr. Bovendien voorziet de NVvR mogelijke verwarring in de praktijk nu niet ten aanzien van alle rechtspersonen de term 'bestuurder' wordt gebruikt.
Art 194, eerste lid, Sr bevat een inlichtingenplicht. De toevoeging aan de bepaling van het zinsdeel 'hij die opzettelijk wegblijft', in dit artikel is volgens de NVvR in dit kader niet begrijpelijk, omdat niet duidelijk is welke handelingen hier concreet onder moeten worden begrepen. Ter zake van de strafbedreiging van ten hoogste één jaar is de NVvR van mening dat, mede gelet op hetgeen over het belang van de inlichtingenplicht is opgenomen in de memorie van toelichting een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren niet ongerechtvaardigd zou zijn.

In artikel 340 Sr wordt gesproken over buitensporige uitgaven, in artikel 342 Sr over buitensporige middelen. De NVvR verzoekt de minister te verduidelijken in de memorie toelichting op het wetsvoorstel wanneer sprake is van buitensporigheid van uitgaven of middelen.

De artikelen 340 en 341 Sr hebben volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel betrekking op natuurlijke personen. Vergelijkbare bepalingen rechtspersonen zijn in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen in de artikelen 342 en 343 Sr. Dit is een verandering ten opzichte van de huidige artikelen 340 en 341 Sr, die zowel voor natuurlijke als voor rechtspersonen gelden. Het betekent derhalve een belangrijke breuk met de huidige systematiek van het Wetboek van Strafrecht, terwijl in de memorie van toelichting iedere toelichting op deze keuze ontbreekt. Het is de NVvR niet duidelijk waarom in deze artikelen het onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen zo nadrukkelijk wordt gemaakt. De verwijzing naar de normen die gelden in de economische sector en de vereisten van behoorlijk bestuur is naar de mening van de NVvR niet overtuigend. De NVvR verzoekt de minister daarom de keuze voor dit onderscheid en de afwijking van de huidige systematiek van het Wetboek van Strafrecht nader te verduidelijken in de memorie van toelichting.

In art 341, eerste lid, onder 2, en tweede lid, onder 2, Sr is ten onrechte de toevoeging 'of vervreemdt' opgenomen. De NVvR adviseert de minister deze woorden, wegens overbodigheid, uit beide bepalingen te schrappen.

In de memorie van toelichting op artikel 344 Sr mist de NVvR overwegingen over de verhouding tussen artikel 344 Sr enerzijds en de artikelen 341 en 343 anderzijds. Artikel 344 Sr handelt over een misdrijf door een derde. Het is voor de NVvR niet duidelijk of deze derde medepleger kan zijn van het misdrijf uit artikel 341 Sr of uit 343 Sr. De NVvR verzoekt de minister dit in de memorie van toelichting op artikel 344 Sr te verduidelijken.

Met betrekking tot artikel 344a Sr geeft de NVvR de minister in overweging het laatste zinsdeel in het vierde lid, te weten 'wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie' te verplaatsen naar de tweede regel van dit artikel lid, na het woord 'verklaard'. Dit sluit beter aan bij de opbouw van het eerste lid van artikel 344a Sr.

De strafbaarstelling van het niet nakomen van de administratieplicht als overtreding van de Wet op de economische delicten is volgens de NVvR een positieve aanpassing. De NVvR vraagt zich echter af welke opsporingsinstantie op dit punt handhavend zal optreden. De NVvR verzoekt de minister dit te verduidelijken in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel.

Namens het bestuur van de NVvR,
de Wetenschappelijke Commissie

M.E. de Meijer
voorzitter

NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSPRAAK

's-Gravenhage
22.10.13
Postbus 20303
2500 EH

TNT | post
€00104 ct
FR 815634
Nederland

Gezien scankamer
V&J
23 OKT. 2013

FMHaaglanden
23 OKT. 2013
Ontvangen

GO4PP 2500EH301

Postbus 30315, 2500 GH Den Haag

VNO NCW

MKB Nederland

Zijne Excellentie
mr. I.W. Opstelten
Minister van Veiligheid en Justitie
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Excellentie,

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben met interesse kennisgenomen van het conceptwetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude. Dit conceptwetsvoorstel geeft ons aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

In de memorie van toelichting van het conceptwetsvoorstel wordt aangegeven dat de intentie van het conceptvoorstel is om de wettelijke mogelijkheden te verbeteren om strafrechtelijk op te treden tegen faillissementsfraude door zowel een partiële herziening van bestaande strafbepalingen als aanvulling van het bestaande wettelijke instrumentarium. Daarbij wordt ingegaan op het feit dat op dit moment bepaalde strafbare feiten lastig te bewijzen zijn. Dit wordt opgelost door de reikwijdte van een aantal artikelen te verbreden. Echter, er wordt weinig tot geen aandacht besteed op welke wijze de inzet en handhaving van de bestaande wettelijke instrumenten kan worden verbeterd zonder dat de reikwijdte wordt verbreed en vervolgens of er nog voldoende waarborgen zijn om de risico's van overkill als gevolg van het verbreden van de reikwijdte uit te sluiten. Naar onze mening zou de memorie van toelichting op deze punten moeten worden verduidelijkt, zodat de keuze voor het partieel herzien van bestaande bepalingen en – met name – de verbreding en uitbreiding van het aantal wettelijke instrumenten beter kan worden gerechtvaardigd.

Wij maken ons zorgen dat de wijze waarop de bestaande wettelijke mogelijkheden worden herzien c.q. nieuwe wettelijke instrumenten worden gecreëerd, dreigen te leiden tot meer rechtsonzekerheid en in sommige

Malietoren / Bezuidenhoutseweg 12 / Postbus 93002 / 2509 AA Den Haag
www.vno-ncw.nl / 070-349 03 49 / www.mkb.nl / 015-219 12 12

gevallen zelfs het drijven van een onderneming onmogelijk maken. Dit kan naar ons idee niet de bedoeling zijn van het conceptwetsvoorstel.

Het gaat er hierbij ten eerste om dat in het strafrecht een duidelijk en nauwkeurig afgebakend wettelijk normenstelsel onontbeerlijk is. Wij menen dat het conceptwetsvoorstel op dit punt op onderdelen tekortschiet. Er wordt namelijk nieuwe – in de jurisprudentie niet uitgekristalliseerde – terminologie geïntroduceerd zonder dat hierbij een adequate definitie wordt gegeven in de memorie van toelichting. Als voorbeeld kan worden genoemd de invoering van het onduidelijke en subjectieve begrip *buitensporige uitgaven* dat in combinatie met het eveneens onduidelijke begrip *ernstig nadeel* de strafwaardigheid van bepaalde handelingen bepaalt. In het strafrecht is het noodzakelijk dat op basis van objectieve, kenbare wettelijke criteria volslagen helder is welke handelingen en gedragingen strafbaar zijn en welke niet. Dit mag niet afhankelijk zijn van enig subjectief oordeel.

Ten tweede gaat het hierbij bijvoorbeeld om de uitbreiding van strafrechtelijke bepalingen, zoals het geval is bij artikel 340. In dat artikel houdt de delictomschrijving in dat achteraf – na faillissement – wordt vastgesteld of een uitgave buitensporig was en tot enige benadeling van schuldeisers heeft geleid. Volgens de memorie van toelichting zou dit het geval kunnen zijn als de uitgaven niet in verhouding staan tot de inkomsten of dat bij lagere inkomsten de uitgaven niet zijn verminderd. Ook hoeft er geen opzet te zijn geweest om schuldeisers te benadelen. Doordat in artikel 340 in de delictsomschrijving het begrip *verteringen* is vervangen door *uitgaven* is de werking van dit artikel zo ver opgerekt dat dit alle handelingen van een ondernemer kan treffen. Dit betekent dat ondernemers strafrechtelijk kunnen worden vervolgd en een sanctie riskeren van twee jaar gevangenisstraf en een geldboete van de vijfde categorie, als zij een risicovolle investering doen die achteraf minder opbrengst blijkt te genereren dan verwacht, of wanneer investeringen door (onvoorziene) omstandigheden verlieslijdend worden. Wij kunnen ons niet voorstellen dat dit effect is beoogd.

Verder wordt in het conceptwetsvoorstel niet steeds voldoende aandacht besteed aan de verhouding tot andere rechtsgebieden. Door dat gebrek aan aandacht voor de overlap met deze rechtsgebieden is vaak niet duidelijk of bepaalde implicaties van het conceptwetsvoorstel zijn onderkend en bedoeld . Dat bemoeilijkt het beoordelen van het voorstel. In de memorie van toelichting zal daar daarom veel meer aandacht aan moeten worden besteed. Hierna volgen enkele voorbeelden.

- Op strafrechtelijk gebied: Het is onduidelijk wat de interactie is met rechtsfiguren als deelneming, functioneel daderschap en de schulduitsluitingsgronden.

MKB Nederland

- Civielrechtelijk: het conceptwetsvoorstel lijkt strafrechtelijke sancties toe te voegen aan de bij de flexibilisering van het bv-recht gemoderniseerde civielrechtelijke regeling over aansprakelijkheid van bestuurders van bv's voor ten onrechte goedgekeurde uitkeringen. Dit lijkt ongewenst en onnodig.
- In de financiële sector en bij corporaties: Het conceptwetsvoorstel heeft volgens de toelichting ook een functie door "haar normstelling op het gebied van financieel beheer en administratie". Handhaving van de betreffende normen in die sectoren vindt nu bestuursrechtelijk plaats op basis van zeer uitgebreide financiële toezichtwetgeving door specifiek met die taak toegeruste toezichthouders (vanaf medio 2014 ook de Europese Centrale Bank). Ontstaat met het conceptwetsvoorstel een handhavingscompetitie tussen de betrokken toezichthouders en het openbaar ministerie? Dat zou zeer ongewenst zijn en niet goed verdedigbaar.

Ten slotte vragen wij ons met betrekking tot de aangepaste inlichtingen- en afgifteplicht van administratie ons af of die bepalingen niet in strijd zijn met het verbod tot zelfincriminatie en daarmee volgens het EHRM ontoelaatbaar. Het is van belang dat deze vraag in de memorie van toelichting wordt geadresseerd.

Het bovenstaande wordt nader uitgewerkt in de bijlage met artikelsgewijs commentaar.

Kortom, VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat het conceptwetsvoorstel op deze – en in de bijlage genoemde – punten zou dienen te worden aangepast en verder moeten worden uitgewerkt. Uiteraard ondersteunen wij de gedachte achter het conceptwetsvoorstel dat een adequate en effectieve bestrijding van faillissementsfraude van groot belang is om burgers, bedrijven en overheid te beschermen tegen schade als gevolg van frauduleuze handelingen rondom faillissement. Om die reden zouden wij willen verzoeken om gezamenlijk te komen tot de noodzakelijke verbeteringen in het conceptwetsvoorstel, zodat instrumenten voldoende gericht zijn en er geen overkill plaatsvindt.

Tot nadere toelichting zijn wij uiteraard graag bereid.

Hoogachtend

MKB
Nederland

Bijlage bij de reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland op het conceptwetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Hieronder gaat het artikelsgewijs commentaar.

Definitie bestuurder (art. 84a nieuw)
Voorgesteld wordt om in Titel IX, waarin definities worden gegeven van in het Wetboek van Strafrecht voorkomender uitdrukkingen, een definitie van *bestuurder* op te nemen ("mede zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon"). Deze plaatsing heeft tot gevolg dat deze definitie door het gehele Wetboek van Strafrecht heen gaat gelden, en daarmee ook betekenis heeft voor andere strafbepalingen dan die in het conceptwetsvoorstel zijn opgenomen. Is onderzocht welke bepalingen dat zijn en of de consequenties van deze definitiebepaling voor die bepalingen wenselijk zijn? Een overzicht van die bepalingen en van de consequenties zou dienen te worden verschaft.

De vraag is hoe deze nieuwe definitie hoe zich verhoudt tot het huidige artikel 51 Sr. Als een rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan kan volgens lid 2 van artikel 51 strafvervolging worden ingesteld o.a. (sub 2) " tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging." Deze bepaling lijkt al voldoende aanknopingspunten te bieden voor vervolging van feitelijke bestuurders, maar is kennelijk buiten beschouwing gebleven. Vallen hier dezelfde personen onder als onder de nieuwe definitie of meer of minder? Wat is de reden voor het verschil in formulering? Wat is de onderlinge verhouding tussen artikel 51 Sr en het voorgestelde artikel 84a: moet artikel 84a worden gezien als een lex specialis van artikel 51 Sr of gaat het om bepalingen die cumulatief kunnen worden toegepast? Verzocht wordt duidelijkheid te geven over de verhouding en over het verschil in formulering.

Inlichtingenplicht (art. 194 oud en nieuw)
Dit artikel voorziet in het strafbaar stellen van het niet naleven van inlichtingenplichten die bestaan op grond van de Faillissementswet. De delictsomschrijving is vereenvoudigd. Niet langer wordt bovendien gesproken over "wettelijk oproepen tot het geven van inlichtingen" (oproepingsvereiste) . Gehandhaafd is echter de zinsnede "hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft", een verschijnplicht derhalve. Daarbij is mogelijk over het hoofd gezien dat het "oproepingsvereiste" onverbrekelijk is verbonden met de "verschijnplicht". De verschijnplicht is daardoor een "spontane" verplichting gemaakt, hoewel deze daarvoor niet leent: de verplichting is daarvoor veel te onbepaald. Het is immers vrijwel uitgesloten dat iemand zich uit eigen beweging op enig tijdstip naar enige plaats zal begeven als hem niet (via de oproeping) te verstaan is gegeven dat hij op dat tijdstip op die plaats aanwezig dient te zijn. Het schrappen van het oproepingsvereiste heeft daarmee tot

gevolg dat het op wegblijven gerichte opzet onbewijsbaar is geworden, zodat de effectiviteit van deze bepaling wordt ondermijnd. Daarom dient de wenselijkheid van het schrappen van het oproepingsvereiste nader te worden bezien.

Buitensporige uitgaven (artikel 340) buitensporig gebruik van middelen van rechtspersoon (artikel 342, 343,sub 2, 347 sub 2 en 3)

- Artikel 340 stelt strafbaar het doen van buitensporige *uitgaven* door een natuurlijk persoon vóór faillissement waardoor schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Opzet is niet vereist. Het is een uitbreiding ten opzichte van het huidige artikel dat slechts buitensporige *verteringen* strafbaar stelt. Ook onder het huidige artikel is geen opzet vereist. De Memorie van toelichting stelt dat het hier slechts om een verduidelijking gaat. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat hier wel degelijk sprake is van een uitbreiding. Verteringen (dus consumptieve uitgaven) is namelijk beperkter dan *uitgaven*, dat ook bestedingen voor duurzame consumptiegoederen en kapitaalgoederen omvat.

- De artikelen 342, 343 en 347 stellen strafbaar het verbruiken, uitgeven of vervreemden van *buitensporige middelen* door een bestuurder of commissaris van een rechtspersoon, waardoor schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Ook het meewerken aan een dergelijk verbruik, daarvoor toestemming geven of *anderszins eraan bijdragen* is strafbaar. Het is de pendant van artikel 340, aldus de memorie van toelichting. Opzet is niet vereist. Dit is een ingrijpende wijziging. De huidige bepaling stelt strafbaar het meewerken aan handelingen in strijd met statuten en reglementen waaraan de door de rechtspersoon geleden verliezen geheel of grotendeels zijn te wijten. Het voor strafbaarheid vereiste element van wederrechtelijkheid wordt in de voorgestelde nieuwe bepaling niet langer ingevuld aan de hand van de in statuten en reglementen neergelegde en geconcretiseerde normen, maar aan de hand van het onduidelijke en subjectieve begrip *buitensporig* in combinatie met het even weinig heldere begrip *benadeeld in verhaalsmogelijkheden*. Bovendien wordt een vaag criterium als *anderszins daaraan bijdraagt* geïntroduceerd als nieuw functioneel daderschaps/deelnemingscriterium in plaats van de in de wet duidelijk omschreven en door de rechtspraak nader geconcretiseerde begrippen *feitelijk leiding geven* van artikel 51 lid 2 Sr. en *medeplegen*, *uitlokken*, *doen plegen* en *medeplichtigheid* in de artikelen 47 en 48 Sr.

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat de aangepaste artikelen 340 en 342 leiden tot rechtsonzekerheid in plaats van, zoals de memorie van toelichting stelt tot aanscherping van normen. Zij menen dat de ingrijpende wijzigingen in beide artikelen ertoe noodzaken het niet vereist zijn van opzet

te heroverwegen. De toets of een bepaalde uitgave buitensporig is/middelen buitensporig gebruikt zijn, kan pas aan de orde kan komen nadat is vastgesteld dat in verband met die uitgave sprake was van een ernstig belangenconflict, kwade trouw, een in ernstige mate onzorgvuldig besluitvormingsproces, dan wel dat enig rationeel zakelijk doel ontbrak. Bij de beoordeling van de *buitensporigheid* dient voorts te gelden dat niet het moment van strafvervolging maatgevend is, maar het moment dat de betrokken handeling werd verricht.

Zoals terecht opgemerkt in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht. "Van bestuurders kan niet worden verwacht dat zij uitsluitend handelen in die situaties waarin de te nemen stap al op alle mogelijke manieren is onderzocht, doorgerekend, van accountantsverklaringen voorzien en in schema's gevat. Er moet ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. De samenleving is niet gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Een andere opstelling zou ook haaks staan op het streven van dit kabinet naar een vitale en innovatieve economie ...."[1] Het is niet moeilijk in te zien dat dit conceptwetsvoorstel een volstrekt tegengestelde weg inslaat. Als gevolg van dit conceptwetsvoorstel dreigt juist iedere vorm van het nemen van enig (ondernemers)risico onder de reikwijdte van dit artikel te komen. Dit kan niet de bedoeling zijn van het conceptwetsvoorstel.

Voorts wordt het volgende opgemerkt.

- Blijkens de Memorie van Toelichting heeft voor bovenstaande bepalingen tot inspiratie gediend de Franse strafbaarstelling van "abus de biens sociaux" om de Code de Commerce. Die inspiratie blijkt slecht beperkt te zijn geweest. De Franse bepaling vereist voor strafbaarstelling gebruik maken van ("faire usage"), kwade trouw ("de mauvaise foi"), opzet ("qu'ils savent contraire à l'interêt de celle") en belangentegenstelling ("à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont interessés") (artikel L241-3, onderdelen 4 en 5) die juist wél helderheid bieden. Ook verdient het heldere "faire usage" de voorkeur boven het vage "medewerkt, daarvoor zijn toestemming geeft of anderszins daaraan bijdraagt" . Als de voorgestelde regeling al wet zou moeten worden, dan verdient het aanbeveling ook deze elementen uit de Franse regeling over te nemen.
- Artikel 340 roept ook de vraag naar de samenhang met de wettelijke regeling over uitkeringen door besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid aan hun aandeelhouders. In de recent gemoderniseerde wettelijke regeling zijn uitkeringen (in ruime zin) van besloten vennootschappen aan aandeelhouders immers onderworpen aan de

[1] Kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 9 en 10

goedkeuring van het bestuur (zie de artt. 2:207, 2:208, 2:216 BW), waarbij ten onrechte gegeven goedkeuringen civielrechtelijk gesanctioneerd worden (d.m.v. persoonlijk aansprakelijkheid van de bestuurders). Is het inderdaad de bedoeling om hieraan ook strafrechtelijke sanctionering toe te voegen en zo ja, is dat proportioneel? Verliest het Nederlandse BV-model, waarin recent met de Wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht substantieel is geïnvesteerd, dan niet een groot deel van haar aantrekkingskracht als rechtsvorm voor Nederlandse ondernemingsactiviteiten in de concurrentie met buitenlandse rechtsvormen ? Of is het de bedoeling dat ook bestuurders van buitenlandse rechtspersonen binnen de reikwijdte van deze regeling vallen? Zo ja, wat is dan de verhouding tussen een eventueel toepasselijk buitenlands sanctie-instrumentarium en de voorgestelde strafbepaling?
- Zou de situatie waarin de schuldsanering natuurlijke personen van toepassing is verklaard voor een eenduidige systematiek niet ook aan artikel 340 dienen te worden toegevoegd?
- Er bestaat een opvallend verschil tussen de versie "in faillissement" (art. 342 nieuw) en de versie "buiten faillissement" (art. 347 lid 2 nieuw). De versie "in faillissement" leidt niet tot strafbaarheid als slechts de belangen van aandeelhouders (en niet ook die van crediteuren) zijn geschaad. Bij de versie "buiten faillissement" daarentegen bestaat op grond van het criterium "ernstig nadeel voor de rechtspersoon" reeds strafrechtelijke aansprakelijkheid indien uitsluitend de belangen van aandeelhouders zijn geschaad. Immers, bij ernstig nadeel voor de rechtspersoon zijn de belangen van aandeelhouders altijd, zij het indirect in het geding. De ratio van deze discrepantie ontgaat VNO-NCW en MKB-Nederland.

Administratie- en bewaarplicht (artikel 344aa)

De strafbaarstelling van het niet naleven van de wettelijke administratie- en bewaarplichten is geregeld in de huidige artikelen 341 sub a 4 en sub b 4, 342 sub 3 en 343 sub 4. Deze strafbaarstelling wordt overgeheveld naar het nieuwe artikel 344a en aangescherpt omdat deze strafbaar stelling een sleutelpositie vervult bij de bestrijding van faillissementsfraude, aldus de Memorie van Toelichting[2]. De uitleg waarom bij de strafbaarstelling het opzetsvereiste komt te vervallen is lastig leesbaar omdat deze ten aanzien van de door artikel 341 vereiste opzet vanuit twee verschillende invalhoeken in twee gescheiden paragrafen is opgenomen (pagina 6 en 8). Wij begrijpen de uitleg als volgt: er is enerzijds sprake van discontinuïteit van de huidige regeling doordat het op faillissement gerichte opzetvereiste is komen te vervallen en anderzijds van continuïteit doordat de eis van voorwaardelijk opzet die in de voorgestelde bepalingen is opgenomen, onder de geldende bepalingen al door de jurisprudentie was aanvaard. Zien wij het goed dat

[2] Toelichting p 5

daarmee per saldo de wettelijke voorwaarden voor strafbaarheid worden verruimd en niet aangescherpt?

Naast deze versoepeling wordt in het conceptwetsvoorstel de strafmaat aangepast. Onder de bestaande wetgeving kan, afhankelijk van de verwijtbaarheidsgraad, de maximale gevangenisstraf variëren van een jaar tot zes jaar gevangenisstraf, terwijl volgens het conceptwetsvoorstel de maximale gevangenisstraf kan variëren van een tot twee jaar. Een dergelijke variatie en wijziging doen zich niet bij de maximale geldboete voor.
Wij vragen ons af of beide wijzigingen niet leiden tot een nivellering op het punt van strafbaarheid en strafmaat, waarbij kwaliteit (effectieve strafbedreiging voor de ernstiger vormen van faillissementsfraude) worden ingeruild voor kwantiteit (aantal vervolgbare zaken). En is daarbij niet vooral de (eenmalige) gelegenheidsdader de dupe die, zeker bij effectief toezicht op vennootschappen, een geringe kans heeft op recidive en blijft door het toenemende aantal (kleinere) zaken daardoor niet minder opsporingscapaciteit beschikbaar voor de beroepscriminaliteit rond faillissementen? Wij verzoeken verder om nadere toelichting bij de opmerking in de Memorie van Toelichting dat "het centraal stellen van het gevolg de ruimte om geringe overtredingen die weinig of geen schade opleveren voor de afwikkeling van het faillissement buiten beschouwing te laten"[3]. Kan een voor de praktijk duidelijker leidraad worden gegeven? En mag er van uit worden gegaan dat deze uitleg ook geldt voor het aanmerken als economisch delict?

Afgifteplicht (art. 344a nieuw)
De strafbaarstelling van het niet naleven van de plicht tot het afgeven van de administratie is geregeld in de huidige artikelen 340 sub 3, 341 sub a4 en sub b 4, 342 sub 3 en 343 sub 4.

Bij de afgifteplicht worden de delictsomschrijving en de strafmaat in gelijke zin aangepast als bij de administratie- en bewaarplicht. In verband hiermee wordt verwezen naar de opmerkingen bij dat onderdeel.

VNO-NCW en MKB-Nederland vragen zich af of deze nieuwe bepaling niet in strijd is met het recht dat iemand zichzelf niet hoeft te belasten (nemo tenetur-beginsel). Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de Mens blijkt dat een wettelijke inlichtingenplicht (en naar mag worden aangenomen ook een afgifteplicht) is toegestaan, maar dat het nemo tenetur beginsel moet worden gewaarborgd. Als degene die in staat van faillissement is verklaard kan verwachten of weet dat de (inhoud van de) door hem te verstrekken administratie tegen hem gebruikt kan worden, kan hij weigeren te voldoen aan deze afgifteplicht. Met het nieuwe artikel 344a riskeert hij dan wel de oplegging van een gevangenisstraf of een boete. Dat is een indirecte

[3] P. 6

bestraffing van het niet willen voldoen aan de afgifteplicht en volgens het EHRM niet toelaatbaar. Waarborgen dat afgegeven belastende informatie niet in een strafrechtelijke procedure zullen worden gebruikt zijn niet in het conceptwetsvoorstel opgenomen. [nog checken, ook met jurisprudentie]

Evenals de bestaande bepalingen neemt de voorgestelde delictsomschrijving tot uitgangspunt dat iedere bestuurder en commissaris in staat is om de administratie van de rechtspersoon te verstrekken. De voorgestelde bepaling voegt daaraan een nieuw element toe, namelijk dat die verstrekking terstond moet worden gedaan. De eis van verstrekking "terstond", indien deze letterlijk moet worden genomen, is overtrokken: voorbijgegaan wordt aan de werkelijkheid dat bij tal van rechtspersonen de administratie onder de penningmeester berust, waardoor de andere bestuursleden afhankelijk zijn geworden van de bereikbaarheid en beschikbaarheid van de penningmeester en dat- omdat de administratie onder het bestuur berust - commissarissen vaak voor soortgelijke problemen staan. Wij menen daarom dat "terstond" moet worden vervangen door "binnen een redelijke termijn" en dat "doen verstrekken" of het verstrekken van inlichtingen over de plaats waar de administratie zich bevindt met "verstrekken" gelijk gesteld moet worden.

Wederrechtelijke benadeling van schuldeisers (artt. 341, 343 en 344)
In genoemde artikelen worden de termen "betalingen aannemen" en "op enigerlei wijze bevoordelen" vervangen door "wederrechtelijk bevoordelen. Evenals in de hiervoor besproken bepalingen over "buitensporige uitgaven" leiden deze wijzigingen tot een verlies aan duidelijkheid en scherpte. Duidelijk omschreven gedragingen als het aannemen van betaling of het majoreren van vorderingen worden vervangen door het vage en onbepaalde begrip "zich wederrechtelijk (laten) bevoordelen". Het gevolg daarvan is dat zonder nadere invulling van "wederrechtelijk" het uiteindelijk de rechter en niet de strafwet is die bepaalt welke gedragingen strafbaar zijn. Daarmee wordt niet aan het strafrechtelijk rechtszekerheidsvereiste voldaan: als de wetgever zich kennelijk er geen voorstelling kan maken van welke gedragingen strafbaar zouden moeten zijn, hoe kan de justitiabele dat dan wél weten? De verwijzingen naar de artikelen 42 en 42 FW geven niet de benodigde duidelijkheid.

Deze bepalingen roepen bovendien de vraag op hoe zij zich verhouden tot de voorgenomen herijking van het faillissementsrecht, in het bijzonder die onderdelen die erop zijn gericht om het doorstarten van ondernemingen in financiële moeilijkheden te faciliteren (stille bewindvoering, pre-pack en dwangakkoord buiten faillissement). Brengen de nu voorgestelde bepalingen de medewerking aan een doorstart die mislukt, binnen de strafrechtelijke sfeer?

Openbaar Ministerie

0 BD

College van Procureurs-Generaal

Voorzitter

Postbus 20305 2500 EH Den Haag

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
Telefoon +31 (0)70 339 96 00
telefax +31 (0)70 339 98 51

De Minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500EH DEN HAAG

Onderdeel
Contactpersoon
Doorkiesnummer(s)
E-mail
Datum
Ons kenmerk
Uw kenmerk
Onderwerp

Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden. Wilt u slechts één zaak in uw brief behandelen

Advies conceptwetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 24 juli 2013 heeft u het College van procureurs-generaal gevraagd te adviseren over het conceptwetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude). Met het wetsvoorstel wordt een verbetering beoogd van de wettelijke mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden tegen faillissementsfraude.

Het College constateert dat de voorgestelde regeling een aanmerkelijke verbetering betekent ten opzichte van de bestaande wettekst en heeft derhalve met instemming van het conceptwetsvoorstel kennis genomen. Zo zijn de strafbepalingen gemoderniseerd en daardoor duidelijker, wordt het opzetverband scherper geformuleerd en is de duiding van handelingen gepleegd voor of tijdens het faillissement scherper geformuleerd. Voor nagenoeg alle bankbreukdelicten wordt voorlopige hechtenis mogelijk, dit vergroot de slagkracht en effectiviteit van de opsporing en vervolging. Het College beschouwt tenslotte de uitbreiding met strafbepalingen die zien op de situatie vóórdat er sprake is van een faillissement als een potentiële aanwinst, mits goed vorm gegeven kan mogelijk in meer gevallen strafrechtelijk worden opgetreden voordat een faillissement daadwerkelijk is uitgesproken en kan benadeling van schuldeisers worden voorkomen.
Het College is gaarne bereid te adviseren over het wetsvoorstel. Naast een inhoudelijk

commentaar heeft het College een aantal redactionele opmerkingen in een aparte bijlage opgenomen.

Preventie, bestuurlijk toezicht, civielrechtelijk verhaal en strafrechtelijke handhaving

In de inleiding van de memorie van toelichting worden de maatregelen genoemd die het kabinet heeft aangekondigd als breed pakket maatregelen om faillissementsfraude te bestrijden. Het gaat onder andere om een versterking van de rol van de curator, de invoering van de mogelijkheid van civiel bestuursverbod en een verbetering van het toezicht teneinde misbruik van rechtspersonen te voorkomen.[1]
Het College hecht eraan dat ook in de memorie van toelichting van het onderhavige wetsvoorstel nader wordt uitgewerkt dat faillissementsfraude een maatschappelijk probleem is dat breed moet worden aangepakt door middel van een integrale netwerkbenadering. Het is immers deze memorie van toelichting die bij de toepassing van de wet zal worden gebruikt. Idealiter wordt tevens een visie op de onderlinge samenhang tussen preventie, civiele barrières en strafrechtelijke handhaving gegeven. Het College adviseert om daarbij te benadrukken dat de bestrijding van faillissementsfraude een integrale aanpak behoeft, waarbij de inzet van het strafrecht wordt gereserveerd voor die gevallen waarbij het strafrecht als de meest effectieve reactie moet worden beschouwd.

Strafbare handelingen onafhankelijk van intreden faillissement

Aan het huidige artikel 347 Sr worden een nieuw lid 2 en 3 toegevoegd. Ook als er geen sprake is van een faillissement wordt de bestuurder strafbaar die buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft etc. of anderszins daaraan bijdraagt, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Het verschil tussen beide bepalingen is dat het derde lid een verhoogd strafmaximum kent in het geval de handelingen zijn verricht met het oogmerk zichzelf of een ander te bevoordelen.
Het College heeft met de nodige aarzeling kennis genomen van de wijze waarop dit voorstel is vormgegeven. De bepalingen zijn zodanig ruim geformuleerd dat het risico ontstaat dat het openbaar ministerie onterecht in zakelijke meningsverschillen wordt betrokken die via het civiele recht behoren te worden afgedaan. De memorie van toelichting stelt dat de delictsomschrijving van artikel 347 grotendeels gelijkluidend is aan de voorgestelde artikelen 342 en 343, onderdeel 2, die in het teken staan van handelen in strijd met de vereisten van behoorlijk bestuur door een onderneming. Maar het College wijst erop dat de reikwijdte van deze artikelen wordt beperkt door het feit dat er sprake moet zijn van een faillissement en dat het handelen tot gevolg heeft dat schuldeisers worden benadeeld. Hier is het strafbare karakter van de

[1] TK 2012 - 2013, 29911, nr. 74

handeling duidelijk aanwezig. Voor strafbaarheid ingevolge artikel 347, lid 2, is slechts nodig dat het handelen van het bestuur ernstig nadeel voor de onderneming oplevert. Tegengeworpen kan worden dat het om "buitensporig" handelen moet gaan. Maar of iets als buitensporig moet worden aangemerkt is een kwestie van waardering. Een investering kan in het ene geval een goede beslissing zijn geweest, terwijl onder gewijzigde omstandigheden dezelfde investering desastreuze gevolgen kan hebben. Wanneer is er dan sprake van een strafbare gedraging?
De open formulering heeft tot gevolg dat allerlei bedrijfsconstructies die worden toegepast in het kader van vermogensverschuivingen onder deze bepalingen kunnen vallen. Bijvoorbeeld een sterfhuisconstructie, waarbij er al snel sprake zal zijn het onttrekken van middelen aan de onderneming en waardoor nadeel voor de rechtspersoon ontstaat. Of het geval dat de meerderheidsaandeelhouder besluit bedrijfsonderdelen te verplaatsen naar een andere onderneming. Met enige regelmaat komt het openbaar ministerie dergelijke gevallen tegen, maar tot op heden ontbreekt meestal het strafrechtelijke karakter. Het kan naar het oordeel van het College niet de bedoeling zijn dat in de toekomst familieruzies in de vermogensrechtelijke sfeer via het openbaar ministerie worden uitgevochten. Of dat een heftig meningsverschil in het bestuur van een onderneming over bijvoorbeeld een onverwacht verlies leidt tot een aangifte van strafbare feiten. Of zelfs dat een onjuiste beslissing van het bestuur van een onderneming, zoals een achteraf gezien te hoge inschrijving op een groot bouwproject of een etherfrequentieveiling, kan leiden tot een strafrechtelijke vervolging.

Het College neemt aan dat de aanvulling van artikel 347 Sr niet is geschreven met het oog op voorgaande voorbeelden. De bedoeling van de wijziging van artikel 347 is het aanpakken van echt misbruik zoals bijvoorbeeld een kick-back constructie. In de memorie van toelichting wordt het voorbeeld gegeven van een bestuurder van een rechtspersoon die namens de rechtspersoon buitensporige uitgaven doet, die vervolgens door de ontvanger weer worden teruggestort in het privévermogen van de bestuurder. Een ander voorbeeld is een onnodige en risicovolle overname ten behoeve van de verhoging van de bonus van de bestuurder.
Maar het College vraagt zich af hoe dit strafrechtelijk kan worden bewezen. Een verbod op (enige vorm van) een kick-back constructie als zodanig bestaat niet. Een kick-back constructie waarbij niet buitensporig middelen van de rechtspersoon zijn gebruikt is niet onder de reikwijdte van artikel 347 te brengen. Ook een kick-back constructie waarbij niet de rechtspersoon, maar derden ernstig nadeel ondervinden is niet strafbaar. De officier van justitie kan dus slechts afgaan op de vraag of er sprake is geweest van wanbeleid, het buitensporig handelen, als gevolg waarvan de onderneming ernstig nadeel heeft geleden. Maar of er sprake is van wanbeleid is een kwestie van waardering, dat is niet makkelijk feitelijk vast te stellen. Moet bijvoorbeeld eerst via een enquête bij de Ondernemingskamer het wanbeleid worden vastgesteld

voordat tot een vervolging kan worden overgegaan? Of moet het openbaar ministerie aan de hand van de notulen van het bestuur, voor zover kan worden aangenomen dat de notulen de gang van zaken correct weergeven, een reconstructie maken van de gang van zaken?

Voorts wijst het College erop dat niet vervolgen een klacht ex artikel 12 Sv tot gevolg kan hebben. Te voorzien is dat belangenorganisaties zoals de Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie (SOBI) en de Vereniging Effecten Bezitters (VEB) regelmatig aangifte zullen doen van verrijking van het bestuur ex artikel 347 Sr. Deze organisaties voeren nu al veel civiele procedures met betrekking tot onbehoorlijk bestuur en enquête. Zij kunnen deze procedures vereenvoudigen door aangifte te doen ter zake van artikel 347 Sr en het openbaar ministerie het onderzoek laten doen. Aan de hand van dit dossier kunnen zij een schadeclaim indienen of zich voegen in de strafzaak. Indien het openbaar ministerie in deze gevallen besluit om niet te vervolgen, is van deze organisaties zeker een artikel 12 Sv procedure te verwachten, want zij hebben veel juristen en een lange adem. Het risico ontstaat dat het openbaar ministerie bij grote onderzoeken wordt betrokken die strikt genomen meer van doen hebben met ondernemingsrecht dan met strafrecht.

Alles afwegende is het College van oordeel dat dit onderdeel van het wetsvoorstel verbetering behoeft. In de memorie van toelichting ontbreekt een goede uitleg waarom het voorstel wordt gedaan. Het is onvoldoende duidelijk wat nu precies strafbaar wordt gesteld en wanneer de bestuurder strafrechtelijk aansprakelijk is. De bepalingen zijn onvoldoende concreet en daarmee komt het beginsel van voorzienbaarheid van de strafbaarheid van een gedraging voor de burger in het gedrang. Voorts is het risico te groot dat het openbaar ministerie wordt betrokken in civielrechtelijke procedures. Het College adviseert om eerst scherp te formuleren wat nu precies met de strafbepaling wordt beoogd, wat onder strafbaar handelen in deze zin moet worden verstaan en vervolgens daar de formulering op aan te passen.

Hoogachtend

Juridisch technisch

Artikel 84a

Voorgesteld wordt om in een nieuw artikel 84a een verruiming van het bestuurdersbegrip op te nemen. In het eerste lid wordt bepaald dat onder de bestuurder van een rechtspersoon mede wordt begrepen zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon. In het tweede lid staat dat voor de toepassing van titel XXVI van het Tweede Boek tevens worden begrepen de bestuurders van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

Artikel 84a wordt opgenomen in de algemene betekenistitel van het Wetboek van Strafrecht. Dat maakt dat de verruiming van het bestuurdersbegrip, zoals opgenomen in het eerste lid, voor alle strafbepalingen van het Wetboek van Strafrecht geldt. Uit het tweede lid en de memorie van toelichting blijkt echter dat de verduidelijking specifiek is bedoeld voor de toepassing van faillissementsdelicten. Mede omdat de memorie van toelichting er geen blijk van geeft dat is onderzocht welke gevolgen de verruiming van het bestuurdersbegrip heeft voor delicten buiten de sfeer van faillissementsfraude, adviseert het College om de verruiming van het bestuurdersbegrip op te nemen in Titel XXVI, Benadeling van schuldeisers of rechthebbenden. Een daarmee vergelijkbare constructie wordt gebruikt in Titel VIII, Misdrijven tegen het openbaar gezag, en Titel XXVII, Ambtsmisdrijven, waar in de artikelen 178a Sr en 364a Sr een uitbreiding van het begrip ambtenaar is opgenomen.

Het College meent voorts dat het begrip "bestuurder van een rechtspersoon" is voorbehouden aan de bestuurders van een rechtspersoon die is genoemd in Boek 2 BW. De vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen kennen geen 'bestuurder', maar vennoten, maten, eigenaren en bij het doelvermogen betrokken natuurlijke personen. Het College zou de suggestie willen doen om het woord 'bestuurders' in het tweede lid te vervangen door het neutrale 'leidinggevenden'.

Artikel 194 lid 1

Artikel 191, lid 1, is niet goed geformuleerd omdat niet duidelijk is welke handelingen nu precies strafbaar worden gesteld. Dit is eenvoudig op te lossen door de strafdreiging eerder in de zin te plaatsen. De bepaling komt dan als volgt te luiden: *"Hij die in staat van faillissement is verklaard en wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie indien hij hetzij zonder geldige reden wegblijft, hetzij weigert inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen geeft.".*

artikel 341, lid 1

Of de strafbepalingen zien op gedragingen vóór en/of tijdens het faillissement of de toepassing van de schuldsaneringsregeling dient helder in de delictsomschrijving tot uitdrukking te komen. Dit wordt gedaan door dit expliciet aan te geven en dit daarnaast te verduidelijken door het gebruik van de tegenwoordige tijd en de voltooid tegenwoordige tijd.

In artikel 341, lid 1, sub 2 en 341, lid 2, sub 2 is echter per definitie sprake van de voltooid verleden tijd, namelijk vóór het faillissement. Het woord "vervreemdt" kan om die reden in beide bepalingen worden geschrapt.

Artikel 343

Ingevolge artikel 343 is het strafbaar om voor of tijdens het faillissement een of meer schuldeisers te bevoordelen. In de praktijk komt het echter regelmatig voor dat de ondernemer zich in het zicht van een faillissement genoodzaakt ziet om een bepaalde schuldeiser te bevoordelen om ervoor te zorgen dat de onderneming nog even kan blijven bestaan en zo inkomsten te genereren. De bevoordeling van een schuldeiser komt in deze situatie dus uiteindelijk ten goede aan andere schuldeisers. Deze bevoordeling zou niet strafbaar dienen te zijn. Het College vraagt zich af of het woord "wederrechtelijk" in onderdeel 3 verhindert dat de strafwaardigheid in deze situatie intreedt. Als dat zo is, dan adviseert het College om dit expliciet in de memorie van toelichting op te nemen. Mocht het woord "wederrechtelijk" uitsluitend zien op de gevallen genoemd in de artikelen 42 en 47 Fw, dan wordt geadviseerd om artikel 343 zodanig te nuanceren dat een gerechtvaardigde bevoordeling van een van schuldeisers niet strafbaar is.

Artikel 344

Artikel 344 heeft betrekking op misdrijven gepleegd door derden. In de huidige praktijk is de onderlinge verhouding tussen artikel 344 Sr en de verschillende faillissementsartikelen nogal onduidelijk. Kan de derde zoals bedoeld in artikel 344 medepleger zijn van overtreding van artikel 341 en 343? En omgekeerd, kan de failliet of bestuurder die overtreding van artikel 341 of 343 ten laste wordt gelegd, tevens medepleger zijn van overtreding van artikel 344 Sr? Het College adviseert om in de memorie van toelichting hieraan enige aandacht te schenken.

Artikel 344a, lid 3

Zowel voor de natuurlijke persoon als voor de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die failliet is verklaard geldt ingevolge lid 1 en 2 van artikel 344 dat het opzettelijk niet voldoen aan de administratieverplichting wordt bestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of een geldboete van de vijfde categorie. In het derde lid van artikel 344 is een schuldvariant opgenomen voor de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die failliet is verklaard.

Het College vraagt zich af waarom ook niet voor de natuurlijke persoon een schuldvariant in artikel 344 wordt opgenomen. Indien de natuurlijke persoon voor of tijdens het faillissement niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken en bescheiden maar waarbij de opzet niet kan worden bewezen, dan kan de betrokkene daarvoor niet worden veroordeeld en moet vrijspraak volgen. Het College zou graag zien dat ook de natuurlijke persoon, aan wiens schuld het te wijten is dat niet is voldaan aan de wettelijke verplichtingen met betrekking tot de administratie, daarvoor op gelijke voet als de bestuurder van een rechtspersoon kan worden vervolgd en adviseert om deze variant aan artikel 344a toe te voegen.

Artikel 344a, lid 4

De formulering van artikel 344a, lid 4, is niet correct. Gelijk het hierboven genoemde artikel 194, lid 1, is het beter om de strafdreiging eerder in de zin op te nemen. De bepaling komt dan als volgt te luiden:

"Hij te wiens aanzien de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie indien hij voor de toepassing van de schuldsaneringsregeling opzettelijk niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de schuldsanering wordt bemoeilijkt.".

Wet op de economische delicten

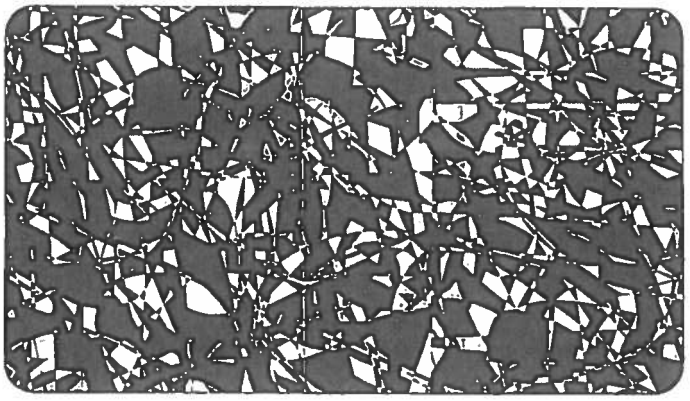
Het niet nakomen van de administratieverplichting wordt als overtreding strafbaar gesteld in de WED. Deze vernieuwing wordt door het College positief ontvangen. Wel vraagt het College zich af op welke wijze deze bepaling zal worden gehandhaafd. Het zal niet de bedoeling zijn dat ondernemers actief zullen worden gevraagd inzage te geven in de wijze waarop aan de administratieverplichting wordt voldaan. Het College neemt aan dat het de bedoeling is dat als in het kader van een onderzoek naar fraude of ernstig wanbeheer wordt geconstateerd dat de administratieverplichtingen niet zijn nagekomen, de mogelijkheid bestaat een boete op te leggen voor deze overtreding, waar tot op heden de overtreding van deze norm niet is gesanctioneerd.
Het College adviseert om dit in de memorie van toelichting nader uiteen te zetten. Daarbij ware ook op te merken dat het niet de bedoeling is dat iedere afkeurende jaarrekening van een account een redelijk vermoeden van schending van de administratieplicht kan opleveren.

Openbaar Ministerie

College van procureurs-generaal
Parket-Generaal

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

Port Betaald
Port Payé
Pays-Bas



Gezien Griffie
V&J
06 NOV. 2013

FM Haaglanden
Ontvangen
06 NOV. 2013

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

0 BD

Ministerie van Veiligheid en Justitie
De Minister van Veiligheid en Justitie,
de heer mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Doorkiesnummer:
Faxnummer:
E-mail:

Betreft: Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten

Zeer geachte heer Opstelten,

Bij brief van 24 juli 2013 heeft u de Nederlandse orde van advocaten verzocht te adviseren over het hierboven genoemde concept-wetsvoorstel.

De algemene raad heeft het concept-wetsvoorstel voorgelegd aan zijn adviescommissie strafrecht die bijgaand advies heeft uitgebracht. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere voorbereiding van de wijziging te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de Algemene Raad,

Bijlagen: 2

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

Van : *Adviescommissies Insolventierecht en Strafrecht*
Datum : 30 september 2013
:
Betreft ***Wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude***

SAMENVATTING

De Adviescommissies Insolventierecht en Strafrecht ("de Adviescommissies") zijn het met de Minister van Veiligheid en Justitie ("de Minister") weliswaar eens dat een effectieve bestrijding van faillissementsfraude van groot belang is, maar rechtszekerheid en rechtsbescherming zijn dat ook. Een en ander dient in balans te blijven. De Adviescommissies vinden het een bezwaar dat de regelingen die moeten bijdragen tot bestrijding van faillissementsfraude in verschillende voorontwerpen zijn c.q. worden neergelegd. De regelingen dienen in hun onderlinge samenhang te worden bezien en kunnen daarom het beste in één wetsvoorstel worden opgenomen. Op die wijze worden mogelijke tegenstrijdigheden voorkomen en zou ook een duidelijke systematiek tussen de verschillende vormen van sanctionering moeten kunnen worden bereikt.

Vanuit insolventierechtelijk perspectief roept het onderhavige wetsvoorstel in concept relatief weinig vragen of opmerkingen op. Vanuit strafrechtelijk perspectief is dat ten aanzien van bepaalde aspecten anders.

Zo lijkt het de Adviescommissies beter om bij de strafbaarstelling van faillissementsfraude zoveel mogelijk aan te sluiten bij het begrippen- en definitiekader van de antimisbruik bepalingen in de artikelen 2:138 e.v. en 2:248 e.v. BW., waar het gaat om degene die handelt als ware hij bestuurder (c.q. commissaris).

Diverse voorgestelde verbeteringen in de inrichting en structuur van de strafbepalingen ondersteunen de Adviescommissies.

Ten aanzien van het begrip opzet bepleiten de Adviescommissies geen wijziging. De noodzaak daartoe ontbreekt in de praktijk.

Ten aanzien van artikel 344 Sr wijzen de Adviescommissies erop dat de voorgestelde wijziging verstrekkende onderzoeksplichten kan meebrengen voor schuldeisers naar de liquiditeit, solvabiliteit en het betalingsgedrag van hun debiteur ingeval de crediteur op enig moment bewust is van de aanmerkelijke kans dat andere schuldeisers benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden.

Het is de Adviescommissies niet duidelijk waarom de huidige onderdelen 2° en 4° van artikel 344 Sr (het ter verificatie indienen van een niet bestaande of te hoge vordering) niet terugkeren.

Ook ten aanzien van de verruiming van de strafbepalingen betreffende de administratie-bewaar- en afgifteplichten plaatsen de Adviescommissies kritische kanttekeningen.
Ronduit afwijzend zijn de Adviescommissies omtrent de introductie van het nieuwe artikel 347 Sr.

Bijlage: volledig advies

Preadvies
van de Adviescommissies Insolventierecht en Strafrecht

inzake

het concept wetsvoorstel

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude)

Inleiding

Het wetsvoorstel is in concept een onderdeel van de door het Kabinet geïntensiveerde bestrijding van faillissementsfraude (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74). Andere onderdelen betreffen de versterking van de rol van de curator, de invoering van de mogelijkheid van een civiel bestuursverbod en een verbetering van het toezicht teneinde misbruik van rechtspersonen te voorkomen.

De Adviescommissies Insolventierecht en Strafrecht ("de Adviescommissies") zijn het met de Minister van Veiligheid en Justitie ("de Minister") eens dat fraude bij faillissementen een ontwrichtende werking op de economie kunnen hebben en daarom maatschappelijk nadeel kunnen opleveren. Een effectieve bestrijding van faillissementsfraude is daarom onmiskenbaar van groot belang. Rechtszekerheid en rechtsbescherming zijn dat ook. Een en ander dient in balans te blijven.

De Adviescommissies namen kennis van het afzonderlijke (concept-)preadvies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie ("de Gecombineerde Commissie").

Ook de Adviescommissies vinden het een bezwaar dat de regelingen die moeten bijdragen tot bestrijding van faillissementsfraude in verschillende voorontwerpen zijn neergelegd en wat de versterking van de positie van de curator betreft nog zullen worden neergelegd.

Gelijk de Gecombineerde Commissie menen de Adviescommissies dat de verschillende regelingen in hun onderlinge samenhang moeten worden bezien en daarom het beste in één wetsvoorstel zouden kunnen worden opgenomen. Op die wijze kunnen mogelijke tegenstrijdigheden worden voorkomen en zou ook een duidelijke systematiek tussen de verschillende vormen van sanctionering moeten kunnen worden bereikt.

Vanuit insolventierechtelijk perspectief roept het onderhavige wetsvoorstel in concept relatief weinig vragen of opmerkingen op. Vanuit strafrechtelijk perspectief is dat ten aanzien van bepaalde aspecten anders.

Artikel 84a Sr

Zo wordt voorgesteld het begrip "*bestuurder*" van een gefailleerde rechtspersoon te verruimen. De bestaande jurisprudentie gaat reeds van een autonome betekenis uit. Onder dit begrip valt niet alleen de civielrechtelijk op correcte wijze benoemde bestuurder, maar bij formele gebreken in de

wijze van aanstelling kan bij bedrieglijke bankbreuk ook van een "*bestuurder*" sprake zijn ingeval de verdachte feitelijk als bestuurder optrad (HR 3 december 1974, NJ 1975/229).

De Minister stelt voor om dit in een nieuw artikel 84a Sr te "*verduidelijken*" door in zijn algemeenheid te bepalen dat onder een "*bestuurder van een rechtspersoon*" mede wordt begrepen "*zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon*". Daarmee lijkt de autonome betekenis van het begrip "*bestuurder*" in de context van faillissementsdelicten een veel breder bereik te kunnen krijgen. Zo zal deze verruiming zich uit kunnen gaan strekken tot alle kwaliteitsdelicten voor een "*bestuurder van een rechtspersoon*" in het strafrecht, waaronder in artikel 336 Sr (Bedrog met balans en winst- en verliesrekening). Deze verruiming kan bezwaarlijk gerechtvaardigd worden met het enkele doel om het instrumentarium tot bestrijding van faillissementsfraude te verbeteren, want het opzettelijk toestaan van een onwaarheid in de jaarstukken, hoe onwenselijk en ontoelaatbaar ook, behoeft geenszins tot een faillissement van de betrokken rechtspersoon te leiden. Artikel 336 Sr ligt al min of meer in het verlengde van de civielrechtelijke procedure voor het opmaken en openbaar maken van de jaarrekening. Bij misleiding bieden de artikelen 2:139 en 2:150 respectievelijk 2:149 en 2:260 BW de grondslag voor aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van NV's en BV's.

Het lijkt de Adviescommissies dan ook beter om bij de strafbaarstelling van faillissementsfraude zoveel mogelijk aan te sluiten bij het begrippen- en definitiekader van de antimisbruik bepalingen in de artikelen 2:138 e.v. en 2:248 BW e.v., waar het gaat om degene die handelt als ware hij bestuurder (c.q. commissaris).

Daarnaast kan uiteraard het bepaalde in artikel 51 Sr zijn huidige betekenis behouden.

Aldus wordt ook een potentiële onduidelijkheid voorkomen ten opzichte van de inlichtingen-, administratie-, bewaar- en afgifteplichten op grond van de voorgestelde artikelen 194 en 344a Sr.

Artikel 194 Sr

De Adviescommissies zijn het met de Minister eens dat het voor de afwikkeling van een faillissement van groot belang is dat de curator kan beschikken over de volledige administratie van de failliet. Ook dienen de failliet en andere direct betrokkenen beschikbaar te zijn om vragen van de curator en andere betrokkenen (bij de verificatievergadering) te beantwoorden.

Terecht stelt de Minister dat deze medewerking essentieel kan zijn voor de mogelijkheden tot vereffening: zonder adequate informatie en medewerking kan de boedel van de failliet niet deugdelijk worden verdeeld en kunnen schuldeisers worden benadeeld.

Het bestaande artikel 194 Sr voorziet reeds in sanctionering van de inlichtingenplichten op grond van de Fw. Voorgesteld wordt de delictsomschrijving te vereenvoudigen, meer in het bijzonder door in de bepaling te spreken van "*wettelijk verplicht*". Daarmee wordt verwezen naar de artikelen 105 en 106 Fw, alsmede naar de artikelen 116 en 117 Fw. Dit heeft de charme van de eenvoud en dient de rechtszekerheid.

De inlichtingenplicht richt zich tot de failliet (het voorgestelde eerste lid van artikel 194 Sr) en tot de persoon die in enige gemeenschap van goederen is getrouwd met de failliet of de persoon die met de failliet in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan (het voorgestelde tweede lid van dit artikel).

De voorgestelde zinsnede "*In het faillissement van een ander*" in het tweede lid betreft voorts mede een rechtspersoon, waardoor de bepaling eveneens van toepassing is op bestuurders en

commissarissen van een failliete rechtspersoon, aldus de Minister. Het gaat daarbij in ieder geval om degenen die ten tijde van het faillissement bestuurder of commissaris waren (Hoge Raad 17 november 1972, NJ 1973, 133), maar deze wettelijke inlichtingenplicht geldt niet zondermeer voor elke feitelijk bestuurder die de formele hoedanigheid van bestuurder of commissaris mist. Via het begrippen- en definitiekader van de anti misbruikbepalingen uit het BW kan ook in deze lacune passend voorzien worden.

Artikel 340 Sr

De Minister stelt voor om artikel 340 Sr zodanig te wijzigen dat nog maar één strafbare gedraging overblijft, te weten het doen van buitensporige uitgaven voorafgaande aan een faillissement, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. Dit komt de duidelijkheid van het huidige begrip "*eenvoudige bankbreuk*" ten goede.

De afgifteplicht in het huidige derde onderdeel van artikel 340 Sr wordt overgeheveld naar het voorgestelde nieuwe artikel 344a Sr.

De Minister had hiermee kunnen volstaan. Zoals hij onderkent, is volgens de huidige jurisprudentie opzet op het gevolg van benadeling van schuldeisers niet vereist (Hoge Raad 13 december 2011, NJ 2012, 9). Die benadeling zal wel na het intreden van het faillissement moeten worden vastgesteld, maar behoeft niet onherstelbaar te zijn – bijvoorbeeld doordat succesvol een Actio Pauliana kan worden ingezet, zo onderkent de Minister eveneens. Niet goed valt daarom in te zien waarom tevens een hogere strafbedreiging van maximaal twee jaren gevangenisstraf in plaats van een jaar wordt voorgesteld. De meerwaarde ervan blijkt niet en de beoogde verzwaring van de strafbedreiging wordt niet overtuigend gemotiveerd. Daar waar de Minster met name streeft naar een verbeterde structuur en inrichting van de onderhavige bepalingen zou hij een proliferatie van strafbedreiging achterwege kunnen laten.

Artikel 341 Sr

De voorgestelde wijzigingen van de omschrijving voor het huidige delict "*bedrieglijke bankbreuk*" strekken vooral tot verduidelijking van de strafbepaling, hoewel de jurisprudentie deze ook al in grote mate biedt. De Minister is zich ervan bewust dat de Hoge Raad recent overwoog dat voor het vervullen van het delictsbestanddeel "*ter bedrieglijke verkorting*" voorwaardelijk opzet volstaat; het bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat door de gedraging schuldeisers benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden (Hoge Raad 11 mei 2010, LJN: BL7662 en Hoge Raad 9 februari 2010, NJ 2010, 104).

In zoverre lijkt het enigszins overbodig om een deel van de delictsomschrijving te herformuleren tot "*wetende dat hierdoor schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld*".

De Adviescommissies sluiten zich aan bij de eerdere kritiek van mr. N. van der Laan in: OM bindt strijd aan tegen faillissementsfraude, *NJB* 2010/593 , p. 739-740. Terecht signaleert hij dat in de praktijk het opzetvereiste en het benadelingcriterium communicerende vaten zijn. Het gaat bij faillissementsfraude niet zelden om grote onderzoeken. Daar waar minder vast staat dat de boedel door de verweten gedraging benadeeld is zullen zwaardere eisen aan het bewijs voor het opzet gesteld worden, terwijl bij overtuigend nadeel ook de bewijsdrempel voor het opzet relatief eenvoudig overwonnen kan worden.

Een afzonderlijk onderdeel van de delictsomschrijving heeft betrekking op de bevoordeling van een schuldeiser ten nadele van andere schuldeisers. Voor zover de bevoordeling plaatsvindt voorafgaande aan het faillissement sluit de voorgestelde strafbaarstelling aan bij de normen die het

faillissementsrecht stelt, in het bijzonder de artikelen 42 en 47 Fw. Daarnaar wordt verwezen met de term *"wederrechtelijk"*; de situatie omschreven in deze artikelen kan niet alleen een vernietigbare rechtshandeling opleveren, maar tevens een onrechtmatige daad.

De Adviescommissies achten het niet onbegrijpelijk dat de Minister op deze wijze de nieuwe formulering van bedrieglijke bankbreuk koppelt aan de Fw. Ook dit dient de rechtszekerheid.

Artikel 342 Sr

De delictsomschrijving van artikel 342 Sr wordt, gelijk artikel 340 Sr gereduceerd tot strafbaarstelling van één gedraging, zij het voor de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon en vooral geplaatst in de sleutel van de vereisten van behoorlijk bestuur, aldus het concept voorstel.

Het huidige onderdeel, dat ziet op het strafbaarstelling van het verwijtbaar niet voldoen aan de administratieplicht, wordt verplaatst naar artikel 344a, derde lid, Sr-nieuw, eveneens conform de systematiek van het voorgestelde artikel 340 Sr.

Om de aangegeven redenen had de Minister ook hier beter kunnen aansluiten bij het begrippen- en definitiekader van de antimisbruik bepalingen in het BW en ontbreekt de noodzaak tot verhoging van het strafmaximum.

Artikel 343 Sr

Ten aanzien van artikel 343 Sr wordt voorgesteld om overeenkomstige wijzigingen als bij bedrieglijke bankbreuk in de zin van artikel 341 Sr door te voeren. De observaties van de Adviescommissies zijn dan ook dezelfde.

Naast de wijzigingen die in dat verband worden voorgesteld, worden de gekwalificeerde handelingen in artikel 343 Sr ook meer gericht op de specifieke situatie en context van de rechtspersoon. Dit resulteert onder andere in een nieuw onderdeel waarin het *"buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon"* wordt strafbaar gesteld. Het gaat dan volgens de Minister om een gedraging die identiek is aan het hierboven besproken artikel 342-nieuw Sr, zij het dat het de bestuurder bij zijn handelen het opzet moet hebben gehad op de benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. De Adviescommissies verwijzen naar hun kritiek, zoals hiervoor verwoord:

Artikel 344 Sr

Artikel 344 Sr stelt een derde strafbaar die voor of tijdens het faillissement goederen uit het faillissement van een ander onttrekt. Tevens wordt de schuldeiser van de failliet strafbaar gesteld indien deze zich voor of tijdens het faillissement op wederrechtelijke wijze laat bevoordelen boven andere schuldeisers. Hoewel de Minister het voorstel presenteert als het enkele *"spiegelbeeld"* van de voorgestelde artikelen 341, onderdeel 3º, en 343, onderdeel 3º, Sr, kunnen de consequenties voor crediteuren verstrekkend zijn. Immers, de voorgestelde strafbepaling heeft (ook) betrekking op een in beginsel onbepaalde periode voorafgaand aan een faillissement. Dat kan aanzienlijke onderzoeksplichten meebrengen naar de liquiditeit, solvabiliteit en het betalingsgedrag van de debiteur ingeval de crediteur op enig moment bewust is van de aanmerkelijke kans dat andere schuldeisers door zijn contractspartij benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden.

Daarentegen is het de Adviescommissies niet duidelijk waarom de huidige onderdelen 2º en 4º van artikel 344 Sr (het ter verificatie indienen van een niet bestaande of te hoge vordering) niet terugkeren. De voorgestelde formulering van de delictsomschrijving bestrijkt deze onderdelen niet

zondermeer. Het ten onrechte indienen van vorderingen kan echter niet alleen tot rechtstreeks nadeel voor schuldeisers leiden (de betrokkene krijgt meer uit het faillissement uitgedeeld dan waarop hij recht heeft), maar ook tot een indirect nadeel, indien de "*valse*" vordering gebruikt wordt voor het uitoefenen van stemrecht in crediteurenvergaderingen en het recht om vorderingen van andere schuldeisers te betwisten. Dat laatste behoeft niet zondermeer binnen het bereik van de voorgestelde strafbepaling te vallen.

Artikel 344a Sr

De huidige strafrechtelijke handhaving van de administratie-, bewaar- en afgifteplichten is verspreid over verschillende delictsomschrijvingen. Ze laten volgens de Minister te wensen over, vooral omdat deze bepalingen alleen gedragingen strafbaar stellen indien het vooruitzicht op het intreden van het faillissement, en in het verlengde daarvan het opzet op de benadeling van schuldeisers, kan worden bewezen.

Buiten die omstandigheden is de instandhouding van een onvolkomen administratie, en daarmee ook "*bewuste onwetendheid*", straffeloos, aldus de Minister. Maar dat is niet voor niets. Een gebrekkige administratie behoeft geen schuldeisers te benadelen zolang de crediteuren deugdelijk voldaan worden. Maar zelfs indien dat laatste niet het geval is, lijkt de Minister onvoldoende oog te hebben voor het uitgangspunt dat de onderhavige strafbaarstellingen gereserveerd dienen te blijven voor de gevallen van "*faillissementsfraude*" in de eigenlijke zin van het woord.

In de bestaande artikelen 341, onderdeel a, onder 4º, en 343, onderdeel 4º, Sr is handhaving van de administratieplicht en bewaarplicht strafbaar gesteld als vormen van bedrieglijke bankbreuk. Voor deze misdrijven geldt in ieder geval dat ten tijde van de strafbaar gestelde gedraging – het niet voeren of bewaren van de administratie – op z'n minst het vooruitzicht van een faillissement moet hebben bestaan (vgl. Hoge Raad 5 april 2011, LJN: BP4391; Hoge Raad 16 februari 2010, LJN: BK4797). Dit laatste zal weliswaar niet altijd gemakkelijk bewijsbaar zijn, maar de Minister stelt voor om het opzet op het benadelen van de schuldeisers geheel te laten vervallen.

Hetzelfde geldt voor de strafbaarstelling van het niet voldoen aan de verplichting tot afgifte van de boekhouding van de failliet (natuurlijke persoon of rechtspersoon) aan de curator (de huidige artikelen 340, onderdeel 3º, en artikel 342, onderdeel 3º, Sr alsmede de artikelen 341, onderdeel a, onder 4º, en 343, onder 4º Sr). De afgifteplicht, die ook wel als onderdeel van de inlichtingenplicht gezien kan worden, ligt vooral in het verlengde van de administratieplicht en de bewaarplicht.

De Adviescommissies onderkennen het belang ervan, maar juist daarom dient het strafrecht ook aan te (blijven) sluiten bij het BW en de Fw zodat alle actoren in geval van een faillissement uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming weten wat hun rechten en plichten zijn.

Door de grenzen van het strafrecht te verruimen conform het concept voorstel stelt de Minister bijvoorbeeld ook de eenvoudige winkelier ten tijde van de economische crisis eerder bloot aan strafrechtelijke opsporing, vervolging en sanctionering ingeval deze middenstander bij de indeling van zijn werkdag en de aanwending van zijn teruglopende inkomsten verkeerde keuzes maakt. Zo zal een dergelijke middenstander absolute prioriteit kunnen en willen geven aan het bedienen van zijn klanten. Dit kan ten koste gaan van de benodigde aandacht voor zijn administratie en boekhouding. Ingeval een faillissement volgt zal hij uiteraard verantwoording moeten afleggen aan de curator en zullen onverkort zijn verplichtingen krachtens de Fw gaan gelden. Maar het strafrecht lijkt in zo'n situatie toch gereserveerd te moeten blijven voor het geval dat er het opzet tot benadeling van schuldeisers bestond, ook ingeval de curator zich belemmerd ziet bij zijn werkzaamheden wegens een gebrekkige administratie.

Een strafrechtelijke verdenking is reeds bij de huidige formulering van bedrieglijke bankbreuk relatief eenvoudig ontstaan ingeval de betreffende middenstander niet alleen prioriteit toekende aan het bedienen van zijn klanten en zijn administratieplicht eraan ondergeschikt maakte, maar, al dan niet noodgedwongen, ook, achteraf bezien, verkeerde keuzes maakte tussen zijn crediteuren. In de praktijk is niet ondenkbaar dat in zo'n situatie een hogere prioriteit toegekend werd aan een cruciale leverancier ten opzichte van een financier die, ondanks bestaande zekerheden tot verhaal, aanspraak bleef maken op stipte betaling van rente. Daarmee is de delictomschrijving van de bestaande bepalingen al snel vervuld ingeval een faillissement volgt.

De Adviescommissies betwisten niet dat de opsporing en vervolging minder gecompliceerd behoeft te zijn bij een volledige en correcte administratie van de failliet, maar het lijkt de Adviescommissies een illusie te menen dat een verruimde strafbaarstelling van de administratie-, bewaar- en afgifteplichten kwaadwillende fraudeurs ervan zal weerhouden een gebrekkige administratie en boekhouding te voeren. Daarom kan naar het inzicht van de Adviescommissies volstaan worden met een verbeterde koppeling met het BW en de Fw.

Daar waar de Minister in de voorgestelde nieuwe delictsomschrijving met "*wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken*" aansluiting zoekt bij de civielrechtelijke normen van de artikelen 2:10, eerste lid, en 3:15i BW, alsmede artikel 5, eerste lid, juncto artikel 1, tweede lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen ondersteunen de Adviescommissies dat.

De Adviescommissies onthouden zich echter van een oordeel of het niet-voeren van administratie, ook onafhankelijk van het intreden van een faillissement, zelfstandig strafbaar gesteld dient te worden als een economisch delict in de zin van de Wet op de Economische Delicten (WED).

De Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) bevat reeds een vergelijkbare strafbaarstelling die in het verband van het voldoen aan verplichtingen tot betaling van belasting is opgenomen. De meerwaarde van de invoering van het voorgestelde economisch delict zal daarom in de praktijk van alledag beperkt zijn.

<u>Artikel 347 Sr</u>

Aldus resteert het voorgestelde artikel 347 Sr.

Het huidige artikel (wat het voorgestelde eerste lid wordt) ziet slechts op gedragingen van bestuurders of commissarissen die strijdig zijn met statuten of reglementen van de rechtspersoon buiten het kader van een faillissement.

De voorgestelde vervanging ervan breidt de materiële strafbaarstelling aanzienlijk uit. Meer in het bijzonder wordt voorgesteld om artikel 347 Sr aan te vullen met een nieuw tweede en derde lid.
In het tweede lid wordt het buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden strafbaar gesteld, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Daarmee is de delictsomschrijving grotendeels gelijkluidend aan de nieuw voorgestelde artikelen 342 en 343, onderdeel 2º Sr, die in het teken staan van handelen in strijd met de vereisten van behoorlijk bestuur. Anders dan bij deze artikelen bepaalt in het voorgestelde artikel 347 Sr het gevolg van het handelen in de zin van "*ernstig nadeel voor de rechtspersoon*" mede de strafwaardigheid en de strafbaarheid van het onbehoorlijk handelen van de bestuurder.

Als voorbeelden geeft de Minister:

'Gedacht kan worden aan de grootschalige speculatie met het vermogen van de rechtspersoon of investeringen in uiterst risicovolle aangelegenheden. Een ander voorbeeld is het toeschuiven van geld, zonder een reële tegenprestatie te verlangen, aan bevriende (zaken)relaties. Als maatstraf geldt telkens of het bewuste handelen buitensporig is, in de zin van volstrekt onredelijk in verband met de vereisten van behoorlijk bestuur.'

Het derde lid bevat een verhoging van het strafmaximum ingeval van, zakelijk weergegeven, zelfverrijking. Daarvan geeft de Minister het voorbeeld van "*kick backs*": een bestuurder van een rechtspersoon die namens de rechtspersoon buitensporige uitgaven doet en die vervolgens door de ontvanger weer deels terug worden gestort in het privé-vermogen van de bestuurder. Deze gedraging situeert zich daarmee dicht tegen verduistering in dienstbetrekking (artikel 322 Sr) en andere delicten aan.

Daar waar de Adviescommissies bij de voorgestelde bepalingen van faillissementsfraude een betere aansluiting bij het BW en de Fw ondersteunen, geldt dat niet voor de introductie van het nieuwe artikel 347 Sr. Immers, als uitgangspunt lijkt hier veeleer een open norm uit het civiele recht te worden geïntroduceerd, hetgeen vanuit strafrechtelijk perspectief ten koste zal gaan van de rechtszekerheid. In dat opzicht wordt aangesloten bij de kritiek van de Gecombineerde Commissie. Ten aanzien van de zelfverrijking voorziet het wetboek reeds in voldoende afzonderlijke strafbepalingen.

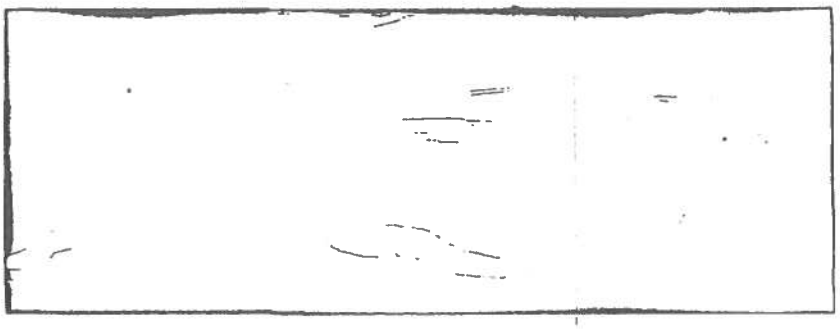
Een en ander klemt temeer nu de praktijk doet vermoeden dat reeds met het bestaande instrumentarium van Titel XXVI een relevant aantal verdenkingen niet strafrechtelijk vervolgd wordt wegens capaciteitstekort bij de opsporingsinstanties en het OM. De Adviescommissies kunnen zich niet aan de indruk onttrekken dat zaken met een belang van minder dan € 100.000,= feitelijk niet snel door het OM in behandeling worden genomen, ondanks eventuele aanwijzingen van curatoren omtrent paulianeus handelen en/of zelfverrijking door de failliet en/of misleiding met de administratie. Voldoende budget voor de opsporing en vervolging zal dus het succes van de wetgevende initiatieven bepalen. Bij gebreke daarvan lijkt met de enkele verbetering van de delictsomschrijvingen voor faillissementsfraude zelfs het paard achter de wagen gespannen te kunnen worden.

Amsterdam, 30 september 2013

Adviescommissie Strafrecht

Adviescommissie Insolventierecht

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag



Gezien scankamer
V&J

- 4 OKT. 2013

FM Haaglanden

04 OKT. 2013

Ontvangen

Nederlandse
Vereniging van Banken

0 BD

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
Referentie

Betreft: Concept-wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Geachte heer Opstelten,

Naar aanleiding van uw brief van 24 juli 2013 waarin u ons ter advisering het concept-wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude voorlegt, ontvangt u bijgaand onze reactie.

De Nederlandse Vereniging van banken (NVB) onderschrijft het belang van handhaving van de (strafrechtelijke) normen tot bestrijding van faillissementsfraude. Dit is niet alleen van belang voor de betrokken stakeholders, waaronder de banken, maar betreft ook een maatschappelijk belang.

Onze reactie bestaat uit enkele inleidende opmerkingen en een artikelsgewijs commentaar.

Conform uw verzoek is deze reactie zowel schriftelijk als elektronisch (via www.internet-consultatie.nl) ingediend.

Uiteraard zijn wij bereid om onze reactie in een gesprek nader toe te lichten.

Hoogachtend,

Nederlandse
Vereniging van Banken

Reactie Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) op concept-wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Inleidende opmerkingen

De Nederlandse Vereniging van banken (NVB) onderschrijft het belang van handhaving van de (strafrechtelijke) normen tot bestrijding van faillissementsfraude. Dit is niet alleen van belang voor de betrokken stakeholders, waaronder de banken, maar betreft ook een maatschappelijk belang.

Er zal geen discussie zijn dat grootschalige en opzettelijke faillissementsfraude met alle mogelijke middelen aangepakt moet worden. Recidive door betrokken (veel)plegers - zoals malafide ondernemers, katvangers, malafide adviseurs - moet zoveel mogelijk voorkomen worden. Dit soort zaken spelen zich af in wat wij zullen aanduiden als het 'zwarte gebied'. In het *zwarte gebied* is inzet van het strafrecht op zijn plaats.

Naast het *zwarte gebied* is er ook het '*witte gebied*' van professionele ondernemers die zich volledig aan de wet houden. Deze ondernemers is bij faillissement geen enkel verwijt te maken. De werkelijkheid is echter niet zo binair; tussen het zwarte en het witte gebied ligt een groot grijs gebied, waarin het strafrecht niet of slechts bij uitzondering toegepast zou moeten worden.

Dilemma's banken en bedrijfsleven

De inzet van het kabinet in het programma herijking faillissementsrecht is erop gericht te voorkomen dat ondernemingen onnodig failliet gaan. Dit blijkt mede uit de komende voorstellen met betrekking tot stille bewindvoering en het dwangakkoord buiten faillissement zoals genoemd in de Kamerbrieven van 26 november 2012 en 27 juni 2013 (TK 29 911, Nr. 74 en TK 33 695, Nr. 1).

De NVB merkt in dat kader op dat bij de terechte wens om failissementsfraude te bestrijden voorzichtigheid is geboden. Voorkomen moet worden dat het strafrecht het delicate en professionele proces van de samenwerking tussen de verschillende partijen bij een onderneming in financiële moeilijkheden zoals ondernemers en hun adviseurs, leveranciers en financiers, niet onnodig belast met de vrees voor strafrechtelijke vervolging. Dat zou herstructurering kunnen verstoren, waardoor de maatregelen om onnodige faillissementen tegen te gaan aan effect verliezen.

Het zwarte gebied is duidelijk: dat verkoop tegen een symbolisch bedrag van een bedrijfswagen aan een familielid kort voor faillissement niet geoorloofd is, behoeft geen toelichting. Dat geldt niet voor het grijze gebied. De regelgeving en de jurisprudentie op het terrein van het faillissementsrecht is complex en zeer afhankelijk van de feitelijke omstandigheden. In dergelijke zaken de tijdsdruk zeer hoog en zijn eenvoudige oplossingen niet meer mogelijk. Vaak is de uiteindelijke uitkomst - zelfs voor "repeat players" zoals banken en betrokken advocaten - de uiteindelijke uitkomst ongewis. Deze uitkomst betreft mede de kwalificatie van bepaalde rechtshandelingen (kort) voorafgaand aan het faillissement.

Meest in het oog springend is uiteraard de (faillissements) Pauliana. Deze kwalificatie levert een civielrechtelijke vermogenscorrectie op.

De afloop van deze civielrechtelijke toets wordt sterk beïnvloed door bewijsposities, dossiervorming etc. De persoonlijke intenties van de betrokkenen spelen doorgaans een ondergeschikte rol.

In de grijze zone is plaats voor het professioneel debat tussen ondernemer, failliet, curator, ontvanger, banken en eventueel overige crediteuren. Dit debat speelt zich in de praktijk zowel in- als buiten rechte af.

Hoe ingewikkeld en arbitrair een en ander is blijkt onder meer uit de reeks arresten Van Dooren q.q./ABN AMRO (de Hoge Raad heeft zich in dezelfde casus drie maal uitgesproken)[1]. Het ging daarbij met name om de uitleg die aan artikel 42 Fw (de faillissementspauliana) moet worden gegeven.
De context en de lading van de term Pauliana in de Faillissementswet dient dan ook wezenlijk anders te zijn dan de context en de lading van de term Pauliana in het Strafrecht.

Alleen in de zwarte zone, waarbij zonneklaar is van kwade opzet om crediteuren te benadelen, zou het strafrecht zijn belangrijke rol moeten vervullen.

Ondernemers, maar ook banken, moeten risico's blijven durven nemen, ook (juist) in een situatie van een mogelijk faillissement, om de door het kabinet genoemde 'onnodige faillissementen' zoveel mogelijk te kunnen blijven voorkomen. Daartoe is noodzakelijk dat zij zich niet strafrechtelijk bedreigd moeten voelen wanneer zij in voorkomend geval in het hiervoor bedoelde grijze gebied belanden. In het grijze gebied staat curatoren een hele reeks civielrechtelijke middelen ter beschikking om corrigerend op te treden. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de faillissementspauliana, maar ook aan *de zogenaamde Beklamel-norm*[2]*. Deze norm houdt in dat een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt jegens een schuldeiser, indien hij namens die vennootschap verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou kunnen bieden voor de schade die de schuldeiser op grond daarvan zou lijden.*

Opzetvereiste

Om iedere onduidelijkheid over de toepassing van het strafrecht te voorkomen, ziet de NVB graag dat in de Memorie van Toelichting op artikel 341 Sr. expliciet wordt opgenomen dat met de zinsnede 'wetende dat ..' (bloot) opzet wordt vereist. Het is dan duidelijk dat situaties waar achteraf met *hindsight* gesteld wordt dat er sprake is van voorwaardelijk opzet niet onder de reikwijdte van het strafrecht vallen. Op deze wijze wordt ook duidelijk gemaakt dat in het grijze gebied geen plaats is voor het strafrecht.

Artikel 348 Wetboek van Strafrecht

Het valt NVB op dat in het kader van faillissementsfraude ogenschijnlijk weinig aandacht bestaat voor artikel 348 Sr. Dit artikel stelt het onttrekken van goederen aan een pandrecht, een retentierecht of een recht van vruchtgebruik strafbaar. Als dergelijke fraude geconstateerd wordt, doen banken daar in de regel aangifte van. Als de betrokken onderneming vervolgens failliet gaat, is er veelal sprake van faillissementsfraude. De NVB bepleit dat aangifte van feiten die onder artikel 348 Sr. vallen vaker leidt tot strafrechtelijke vervolging en dat bezien wordt of de wetstekst in dat verband aanpassing behoeft om dit artikel mogelijk effectiever in te kunnen zetten.

Hierna geven wij per artikel nader (technisch) commentaar.

---

[1] Zie: Hoge Raad 16 juni 2000 over strikte uitleg van art. 47 Fw (*Van Dooren q.q. / ABN AMRO I*, LJN AA6234, NJ 2000, 578, JOR 2000, 201), Hoge Raad 8 juli 2005 over wetenschap van benadeling bij faillissementspaulIana (*Van Dooren q.q. / ABN AMRO II*, LJN AT1089, NJ 2005, 457, JOR 2005/230) en Hoge Raad 22 december 2009 over benadeling bij faillissementspauliana (*Van Dooren q.q. / ABN AMRO III*, LJN BI8493, NJ 2010, 273, JOR 2011/19)

[2] Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (*Beklamel*)

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 84a: verruiming bestuurdersbegrip

1. Onder bestuurder van een rechtspersoon worden mede begrepen zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon.
2. Onder bestuurder van een rechtspersoon worden voor de toepassing van titel XXVI van het Tweede Boek tevens begrepen bestuurders van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

Reactie NVB

Lid 1
De NVB ziet graag een nadere toelichting in de Memorie van Toelichting waaruit de reikwijdte van 'feitelijk optreden' blijkt.

Lid 2
Naast de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid mist de NVB de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid. Daarnaast ziet de NVB in de Memorie van Toelichting graag een nadere toelichting ten aanzien van (bestuurders van) het zogenaamde 'doelvermogen'.

Artikel 194: inlichtingenplicht

1. Hij die in staat van faillissement is verklaard en wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen geeft, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die in het faillissement van een ander wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen en hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen geeft.
3. Met dezelfde straf wordt gestraft hij ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard en wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, of die op grond van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen ten aanzien van een ander wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen geeft.
4. Indien de schuldige een van de strafbare feiten, omschreven in het eerste lid, in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

Reactie NVB

Lid 1
Een inlichtingenplicht kan in de praktijk botsen met het verbod op gedwongen zelfincriminatie. Niemand is immers verplicht om mee te werken aan zijn eigen strafvervolging, het zogenaamde *nemo tenetur*-beginsel.[3] De NVB vraagt zich af hoe artikel 194 Sr. zich hiermee verhoudt.

Lid 3
De NVB vraagt zich af of deze situatie niet automatisch zou moeten leiden tot tussentijdse beëindiging van de schuldsanering, weigering of intrekking van een schone lei als bedoeld in artikel 358 Fw.

Dit betreft een principieel moreel belang dat het draagvlak voor de schuldsanering in de Nederlandse samenleving raakt. De NVB verzoekt de Minister – voor zover nodig (onder meer)artikel 358 Fw. aan te passen. In elk geval ligt het voor de hand dat een strafrechtelijke veroordeling op de hiervoor genoemde onderdelen zou moeten leiden tot een hernieuwde toets.

Artikel 340: eenvoudig misdrijf natuurlijk persoon

Hij die in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren en geldboete van de vijfde categorie, indien hij voor de intreding van het faillissement buitensporige uitgaven heeft gedaan, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld.

Reactie NVB

Door vervanging van de huidige term 'verteringen' door 'uitgaven' wordt de strafbaarstelling aanzienlijk verruimd. Het is de NVB onduidelijk of de strafbaarstelling is beperkt tot buitensporige uitgaven binnen de context van een bedrijf die volstrekt onredelijk zijn (dure sportauto van de zaak, extravagant ingericht kantoor) of dat ook zeer kostbare investeringen in nieuwe technologie (bijvoorbeeld in een achteraf als mislukt te beschouwen automatiserings- of innovatieproject) hieronder valt, of - in een poging het faillissement te voorkomen - het contracteren van een dure crisismanager?

Aangezien in deze bepaling opzet op het gevolg van benadeling van schuldeisers niet is vereist, dient dit artikel in het 'grijze gebied' niet althans met grote terughoudendheid toegepast te worden. Hierbij is essentieel dat inschattingen die achteraf verkeerd blijken uit te pakken niet automatisch strafrechtelijk afgestraft worden. Het strafrecht moet bonafide ondernemers niet afschrikken te innoveren, nieuwe markten te verkennen en andersoortige ondernemersrisico's te nemen. Evenmin moet het ondernemers ervan weerhouden om – als de onderneming in zwaar

[3] Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg (EHRM) heeft op 5 april 2012 uitspraak gedaan in de zaak Chambaz (zaak Chambaz c. Zwitserland, verzoekschrift nr. 11663/04). Het Hof oordeelde dat het opleggen van geldboetes wegens niet meewerken aan fiscale verplichtingen een verboden dwang tot zelfincriminatie kan opleveren.

Zie ook Hoge Raad van 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ3640).

weer verkeert – de op dat moment naar hun oordeel noodzakelijke maatregelen te nemen. In dergelijke situaties is naar het oordeel van de NVB het civiele recht het geëigende correctiemiddel en niet het strafrecht. Wij verwijzen hierbij naar onze algemene toelichting en bespreking van de Beklamel-norm. De NVB ziet graag dat de Memorie van Toelichting op dit punt meer duidelijkheid en comfort biedt.

Artikel 341: gekwalificeerd misdrijf natuurlijk persoon

1. Hij die in staat van faillissement is verklaard en die, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:
1°. voor of tijdens het faillissement hetzij lasten verdicht of heeft verdicht, hetzij baten niet heeft verantwoord of verantwoordt, hetzij enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;
2°. voor het faillissement enig goed hetzij om niet, hetzij klaarblijkelijk beneden de waarde heeft vervreemd of vervreemdt;
3°. voor of tijdens het faillissement een van zijn schuldeisers op enige wijze wederrechtelijk heeft bevoordeeld of bevoordeelt,
wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, indien hij wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:
1°. voor of tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling hetzij lasten heeft verdicht of verdicht, hetzij baten niet heeft verantwoord of verantwoordt, hetzij enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;
2°. voor de toepassing van de schuldsaneringsregeling enig goed hetzij om niet, hetzij klaarblijkelijk beneden de waarde heeft vervreemd of vervreemdt;
3°. voor of tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling een van zijn schuldeisers op enige wijze wederrechtelijk heeft bevoordeeld of bevoordeelt.

Reactie NVB

Lid 1
Zoals reeds aangegeven, ziet de NVB in de Memorie van Toelichting graag expliciet opgenomen dat met 'wetende dat ..' bedoeld wordt dat (bloot) opzet vereist is en dat bewijsvermoedens zoals onder meer opgenomen in artikel 43 Fw geen doorwerking hebben in het strafrecht.

Lid 2
De NVB vraagt zich overigens af of deze situatie - evenals bij overtreding van het in de artikel 194 lid 3 bepaalde, zou moeten leiden tot tussentijdse beëindiging van de schuldsanering, respectievelijk het weigeren of intrekking van een schone lei. In elk geval ligt het voor de hand dat een strafrechtelijke veroordeling op dit onderdeel leidt tot een hernieuwde toets. Zie ons commentaar bij artikel 194.
De NVB is verder van mening.dat de strafbaarstelling van artikel 342 Sr. zich ook moet uitstrekken tot fraude bij een aangeboden of gehomologeerd akkoord.

Artikel 342: eenvoudig misdrijf rechtspersoon

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien hij voor de intreding van het faillissement buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd, dan wel hieraan heeft meegewerkt, daarvoor zijn toestemming

heeft gegeven of anderszins daaraan heeft bijgedragen, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld.

Reactie NVB

Hierbij is essentieel dat verkeerde inschattingen niet automatisch afgestraft worden. Zie ook onze inleidende opmerkingen en het commentaar bij artikel 340, dat als hier ingelast dient te worden beschouwd.

'Buitensporig' is ook hier een open en vage norm, die nadere toelichting in de Memorie van Toelichting behoeft.

Artikel 343: gekwalificeerd misdrijf rechtspersoon

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard en die, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:
1°. voor of tijdens het faillissement hetzij lasten heeft verdicht of verdicht, hetzij baten niet heeft verantwoord of verantwoordt, hetzij enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;
2°. voor het faillissement buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd, dan wel hieraan heeft meegewerkt, daarvoor zijn toestemming heeft gegeven of anderszins daaraan heeft bijgedragen;
3°. voor of tijdens het faillissement een van de schuldeisers van de rechtspersoon op enige wijze wederrechtelijk heeft bevoordeeld of bevoordeelt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Reactie NVB

Zie onze reactie op artikel 341 Sr.

Artikel 344: misdrijf derden

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en zes maanden of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft hij die in geval van een faillissement van een ander, of daaraan voorafgaand indien het faillissement is gevolgd, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:
1°. enig goed aan de boedel onttrekt of heeft onttrokken;
2°. zich wederrechtelijk heeft bevoordeeld of zich heeft laten bevoordelen, danwel zich wederrechtelijk bevoordeelt of laat bevoordelen.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die in geval de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen op een ander van toepassing is verklaard, of daaraan voorafgaand indien de toepassing wordt uitgesproken, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:
1°. enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;
2°. zich wederrechtelijk heeft bevoordeeld of zich heeft laten bevoordelen, danwel zich wederrechtelijk bevoordeelt of laat bevoordelen.

Reactie NVB

Lid 1
Zie onze reactie op artikel 341 lid Sr. (bloot opzet).
Wij achten het wenselijk dat er nader wordt toegelicht wat de relatie is tussen deze bepaling en art. 341 lid 1 sub 3 jo. art. 47 Sr. (doen plegen, uitlokken, medeplegen). In dat verband rijst de vraag of deze bepalingen, waar het gaat om mogelijke strafbaarheid van een derde, al dan niet terzijde gesteld worden door art. 344 lid 1 sub 3 Sr.

Artikel 344a: afgifteplicht en administratieplicht

1. Hij die in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie:
1°. indien hij desgevraagd niet terstond, overeenkomstig de op hem rustende wettelijke verplichtingen ter zake, een ingevolge de wettelijke verplichtingen gevoerde en bewaarde administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in ongeschonden vorm, zo nodig met de hulpmiddelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken, aan de curator verstrekt;
2°. indien hij voor of tijdens het faillissement opzettelijk niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de vereffening wordt bemoeilijkt.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard, indien:
1°. hij desgevraagd niet terstond, overeenkomstig de op hem rustende wettelijke verplichtingen ter zake, een ingevolge de wettelijke verplichtingen gevoerde en bewaarde administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in ongeschonden vorm, zo nodig met de hulpmiddelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken, aan de curator verstrekt;
2°. hij voor of tijdens het faillissement opzettelijk niet heeft voldaan aan of heeft bewerkstelligd dat werd voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de vereffening wordt bemoeilijkt.
3. De bestuurder of de commissaris van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard aan wiens schuld het te wijten is dat niet is voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de vereffening wordt bemoeilijkt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie.
4. Hij te wiens aanzien de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, indien hij voor de toepassing van de schuldsaneringsregeling opzettelijk niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de schuldsanering wordt bemoeilijkt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Reactie NVB

In de reactie van de NVB op de internetconsultatie met betrekking tot het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod heeft de NVB reeds aangegeven dat een ruim geformuleerde bepaling over het ontbreken van een administratie het voor het OM en de curator aanzienlijk eenvoudiger maakt om malafide bestuurders aan te pakken dan thans onder de (huidige redactie van de) artikelen 341 en 342 van het Wetboek van Strafrecht mogelijk is.

De NVB merkt hierbij echter op dat ook hier het strafrecht zeer behoedzaam toegepast moet worden, wanneer geen sprake is van malafide ondernemers in het 'zwarte gebied'. De NVB denkt hierbij bijvoorbeeld aan een bonafide ondernemer, die door geldgebrek zijn administratie niet heeft kunnen bijwerken, niet in staat was de externe administrateur te betalen of iets wat slordig is geweest met zijn administratie.

Ook vraagt de NVB zich af wat geldt voor degene die in staat van faillissement is verklaard en niet in staat is om te voldoen aan bovengenoemde verplichtingen. Bijvoorbeeld ten aanzien van gegevens die in de 'cloud' zijn opgeslagen. Moet de bestuurder dan openstaande facturen aan de cloud-leverancier na uitspreken van het faillissement uit eigen middelen betalen?

Hetzelfde geldt voor de administratie die door feitelijk staken van de werkzaamheden door controller/accountant voor de laatste maanden voor het faillissement niet bijgewerkt is. In veel faillissementen zal het voor de bestuurder resp. ondernemer niet mogelijk zijn deze kosten alsnog uit eigen middelen te voldoen, nog daargelaten de vraag of dat in redelijkheid van de bestuurder in privé kan worden gevergd..

Lid 4
Aan lid 4 zouden de woorden "en tijdens" moeten worden toegevoegd:

> *Hij te wiens aanzien de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, indien hij voor "en tijdens" de toepassing van de schuldsaneringsregeling opzettelijk niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de schuldsanering wordt bemoeilijkt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.*

De NVB vraagt zich overigens af of ook deze situatie zou - evenals bij overtreding van het in de artikelen 194 lid 3 Sr. en 341 lid 2 Sr bepaalde . – zou moeten leiden tot tussentijdse beëindiging van de schuldsanering, resp. intrekking van een schone lei. In elk geval ligt het voor de hand dat een strafrechtelijke veroordeling op dit onderdeel leidt tot een hernieuwde toets.

Artikel 347: strafbare handelingen onafhankelijk van intreden faillissement

1. De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die, buiten het geval van artikel 342, zijn medewerking heeft verleend of zijn toestemming gegeven tot enige handeling in strijd met enige wettige bepaling van de statuten of reglementen, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt, wordt gestraft met geldboete van de vijfde categorie.
2. De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die, buiten het geval van artikel 342, buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, dan wel hieraan medewerkt, daarvoor zijn toestemming geeft of anderszins daaraan bijdraagt, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.

3. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die, buiten het geval van artikel 342, buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, dan wel hieraan medewerkt, daaraan zijn toestemming geeft of anderszins eraan bijdraagt, met het oogmerk zichzelf of een ander te bevoordelen, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt.

Reactie NVB

Zie onze reactie op artikel 341 lid Sr. (bloot opzet). De aanduiding 'buitensporige middelen' behoeft nadere toelichting in de MvT.

Tot besluit

Het wetsvoorstel heeft als titel '*Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude*'. Aangezien artikel 347 Sr bepaalde handelingen strafbaar stelt onafhankelijk van het intreden van faillissement, dekt deze titel niet de gehele lading van het wetsvoorstel. In dit verband wijst NVB op de wijdere strekking van Titel XXVI van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht (artt. 340-349 Sr): "*Benadeling van schuldeisers of rechthebbenden*".

Organisatieonderdeel Korpsleiding
Korpsstaf

Behandeld door
Functie
Postadres
Bezoekadres

Telefoon
E-mail

Ons kenmerk
Uw kenmerk
In afschrift aan
Datum
Bijlage(n) 0
Pagina 1

0 BD

Aan de Minister van Veiligheid en Justitie
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Onderwerp advies concept-wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Geachte heer Opstelten,

Met de brief van 24 juli 2013 (uw kenmerk 408855) vroeg u mij advies over het concept-wetsvoorstel – kortweg – '*Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude*'. In aansluiting op de mondelinge uitwisseling van toelichting en reactie door adviseurs van de korpsstaf tijdens de bijeenkomst op 23 september jl., doe ik u hiermee mijn advies toekomen.

De politie richt zich in de eenheden vooral op de aanpak van de zogeheten eenvoudige faillissementsfraude. Binnen het korps wordt de aandacht op het domein gestimuleerd, door het bieden van ondersteuning in de aanpak met de vastgestelde "Leidraad eenvoudige faillissementsfraude" en een op dit specifieke thema gerichte 3-daagse opleiding. Verder bevestigde een eerdere regionale pilot al dat met een intensieve, op dit domein gerichte inzet met kortere doorlooptijd het aantal succesvol af te ronden dossiers toeneemt.

De nu voorgestelde aanpassing van de strafbepalingen biedt bij de handhaving voor de opsporing van de faillissementsfraude een duidelijke verbetering, met het oog op het leveren van bewijs van delicten en het waar mogelijk tijdig kunnen handelen. De tekst is helder en leesbaar, en verduidelijkt de bepalingen, zoals die betrekking hebben op het opzetverband, en op bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon. Er ontstaat ook een logischer samenhang met overige strafbepalingen.

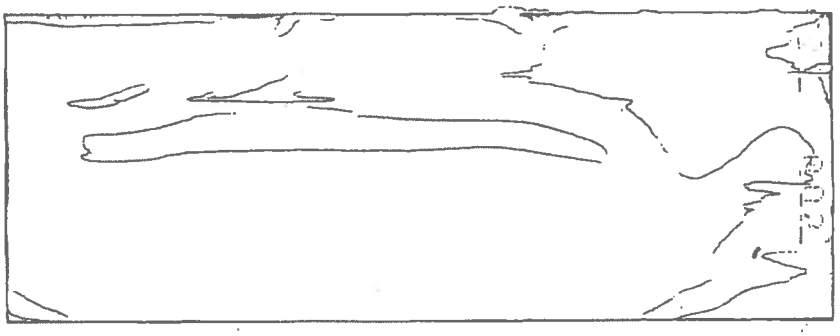
De politie is positief over de verduidelijkte delictsomschrijving bij zowel de inlichtingenplicht als de afgifte- en administratieplicht (het nieuwe art 344a Sr). Het niet kunnen overhandigen van een administratie wordt nu afzonderlijk strafbaar gesteld en is eenvoudiger te bewijzen, en daarmee duidelijk een winstpunt voor de politie. De verhoogde strafbedreiging biedt de politie daarbij in de opsporing passende bevoegdheden – zoals een aanhouding buiten heterdaad. Daarmee kan de politie bijdragen aan het (verder) voorkómen van een onevenredige benadeling van burgers en rechtspersonen: tijdig activa opsporen en waar mogelijk veilig stellen.

De gevolgen van een uitbreiding van strafbaarstellingen zou overigens mogelijk effect kunnen hebben op de gevraagde politie-inzet. Dit laat onverlet dat de politie vanuit haar opsporingstaak positief staat tegenover dit conceptwetsvoorstel, met als doel: met maatwerk tijdig en effectief strafrechtelijk optreden tegen strafbaar handelen dat het vertrouwen in het handelsverkeer onmiskenbaar ondermijnt.

Hoogachtend,

POLITIE

Port Betaald
Port Payé
Pays-Bas
postnl



Gezien scankamer
V&J
22 OKT. 2013

FMHaaglanden
22 OKT. 2013
Ontvangen

0 BD

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

KNB
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

De Minister van Veiligheid en Justitie
De heer mr. I.W. Opstelten
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Sector straf- en sanctierecht
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Uw kenmerk:
Ons kenmerk:
Doorkiesnr.:
Betreft: concept-wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Den Haag, 30 september 2013

Geachte heer Opstelten,

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie heeft aan beide organisaties advies uitgebracht over het concept-wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude).

De beide beroepsorganisaties hebben zich achter de inhoud van het advies gesteld. Zij bieden u het advies, met de daarbij behorende bijlage, hierbij aan als reactie op het concept-wetsvoorstel.

Het advies is vandaag ook elektronisch aan u verzonden.

Hoogachtend,

secretaris - mr. C. Heck-Vink - Postbus 16020 - 2500 BA Den Haag - tel. 070 - 3307139 - fax. 070 - 3624568 - c.heck@knb.nl

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake consultatie over het Voorontwerp Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude)

1. BELANGRIJKSTE PUNTEN

- De verschillende wijzigingen die worden voorbereid om faillissementsfraude te bestrijden zouden in één wetsvoorstel moeten worden neergelegd
- Dit voorkomt inconsistenties en tegenstrijdigheden
- In de wettekst zelf (en niet alleen in de toelichting) moet tot uitdrukking worden gebracht dat de regelingen zien op fraude
- De Gecombineerde Commissie mist in de toelichting op het Voorontwerp een visie op de samenhang en cumulatie (mogelijk gelijktijdige toepassing) van de verschillende bestaande en in voorbereiding zijnde regelingen
- De verwijzing naar open civielrechtelijke normen moet bij het formuleren van de strafbepalingen vermeden worden

2. REACTIE

In haar reactie in het kader van de consultatie over het Voorontwerp voor het civielrechtelijk bestuursverbod heeft de Gecombineerde Commissie zich tegenstander betoond van een civielrechtelijk bestuursverbod en onder meer gepleit voor regeling in het strafrecht en een gerichtere aanpak door het OM. Kopie van de inbreng van de Gecombineerde Commissie in die consultatie vormt een bijlage bij deze inbreng.

De Gecombineerde Commissie vindt het een groot bezwaar dat de

regelingen die moeten bijdragen tot bestrijding van faillissementsfraude in de verschillende voorontwerpen zijn neergelegd en wat de versterking van de positie van de curator betreft nog zullen worden neergelegd. De Gecombineerde Commissie meent dat de verschillende regelingen in hun onderlinge samenhang moeten worden bezien en in één wetsvoorstel zouden moeten worden neergelegd. Op die wijze zouden ook mogelijke tegenstrijdigheden kunnen worden voorkomen en zou ook een duidelijke systematiek tussen de verschillende vormen van sanctionering moeten kunnen worden bereikt. Daarbij zou ook overwogen moeten worden of het maatschappelijk belang dat schade die het gevolg is van fraude ongedaan wordt gemaakt niet moet prevaleren boven het maatschappelijk belang van een strafrechtelijke sanctie. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door in de wet op te nemen dat de rechter bij de bepaling van de strafmaat rekening moet houden met de vraag of en in hoeverre de schade ongedaan is gemaakt of nog kan worden gemaakt.

De Gecombineerde Commissie mist in de tot nu toe gepubliceerde voorontwerpen iedere visie op de verhouding tussen (i) mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders of commissarissen op grond van het burgerlijk recht, (ii) het civielrechtelijk bestuursverbod en (iii) de strafrechtelijke sanctionering en (iv) de vraag of en zo ja in welke gevallen ter zake van dezelfde feiten zowel civielrechtelijke aansprakelijkheid (en eventueel een civielrechtelijk bestuursverbod) als strafrechtelijke handhaving en sanctionering aan de orde zouden moeten kunnen komen en de verschillende vormen van sancties zouden moeten kunnen cumuleren. De Gecombineerde Commissie meent dat een samenhangende visie op deze onderwerpen noodzakelijk is om tot een goed samenstel van regelingen te komen.

De Gecombineerde Commissie is zonder meer voorstander van bestrijding van faillissementsfraude en van een modernisering van de bestaande strafrechtelijke bepalingen. Het moet dan echter wel om fraude gaan en de strafrechtelijke norm zou dat ook steeds duidelijk moeten maken. Het volstaat volgens de Gecombineerde Commissie niet om die els slechts in de Memorie van Toelichting tot uitdrukking te brengen. De keuze om het feit dat van fraude sprake moet zijn alleen in de toelichting tot uitdrukking te brengen kan daarbij leiden tot rechtsonzekerheid en aan de handhaving van de door de wetgever gewenste norm in de weg staan. De Gecombineerde Commissie wijst in dit verband op een recente uitspraak van de Hoge Raad (HR 12 juli 2013, NJ 2013/401) in een civielrechtelijke zaak met betrekking tot de reikwijdte van art. 2:248 lid 2 BW. De Gecombineerde Commissie gaat er zonder meer van uit dat dat nog in versterkte mate zal gelden waar het gaat om een in het strafrecht neergelegde norm.

Waar het gaat om het onderhavige Voorontwerp meent de Gecombineerde Commissie dat het onwenselijk is in de strafrechtelijke normering open normen van het civiele recht als strafrechtelijke norm te introduceren. Bij de open civielrechtelijke normen zijn de feiten en omstandigheden van het geval veelal bepalend voor de vaststelling of op een vennootschapsrechtelijke of civielrechtelijke norm inbreuk wordt gemaakt. Dat geldt ook in sterke mate voor een begrip als "onbehoorlijk bestuur". Civielrechtelijk bestaat daarbij nog het onderscheid tussen "onbehoorlijk bestuur" en "kennelijk onbehoorlijk bestuur", een onderscheid dat in de toelichting op het voorontwerp niet steeds lijkt te worden onderkend (MvT, Algemeen deel, paragraaf 6, vijfde alinea waar de strafbaarstelling van laakbaar handelen onafhankelijk van faillissement aan de orde is). Niet ieder onbehoorlijk bestuur en zelfs niet ieder kennelijk onbehoorlijk bestuur zou tot strafrechtelijke sanctionering moeten kunnen leiden. De Gecombineerde Commissie meent dat inderdaad van opzet of voorwaardelijk opzet sprake zou moeten zijn wil onbehoorlijk bestuur strafbaar kunnen zijn. Dit geldt zowel binnen als buiten faillissement. De Gecombineerde Commissie vindt in dit opzicht het rechtstreekse verband dat het concept voorstel op sommige punten "ten behoeve van de consistentie in de uitleg van de inhoud van normstelling en eenduidige uitleg van wettelijke terminologie" (MvT p.3) legt met verplichtingen die in de Faillissementswet en het Burgerlijk Wetboek inhoudelijk worden omschreven, ook bepaald ongelukkig. Art. 2:138 BW (voor de NV en via art. 2:50a voor bepaalde verenigingen en via art. 2:300a voor bepaalde stichtingen) en art. 2:248 BW (voor de BV) houden naar hun aard zelf reeds een vermogensrechtelijke gesanctioneerde bepaling in, terwijl het niet tijdig deponeren van de jaarrekening of het niet nakomen van de administratieplicht de bewijslast voor curatoren aanzienlijk verlicht en daarmee de kans dat een vermogensrechtelijke sanctie volgt, vergroot.

Het Voorontwerp wil ook de administratieplicht van art. 2:10 BW strafrechtelijk sanctioneren. Het ontbreken of nagenoeg ontbreken van een administratie zou volgens de Gecombineerde Commissie strafrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden; hetzelfde zou kunnen gebeuren waar het gaat om het niet bewaren van de administratie of het niet afgeven daarvan aan een curator. Echter, de vraag of een administratie gelet op de aard van een onderneming adequaat, behoorlijk of zorgvuldig is, laat zich niet in een algemene zin normeren, laat staan strafrechtelijk handhaven. Daar lijkt een civielrechtelijke normering de Gecombineerde Commissie meer aangewezen. Ook waar het gaat om andere onderwerpen doet dit zich voor. Opvallend is daarbij dat de toelichting los van elkaar zowel de term "behoorlijk" als de term "zorgvuldig" gebruikt in paragraaf 3.6.

Enkele technische opmerkingen

Verschillende concept wetsbepalingen spreken over "de vereffening bemoeilijken". Men moet zich afvragen of "vereffening" een gelukkig begrip is en of niet "afhandeling" beter zou zijn. De reden is dat de titel van de Zevende Afdeling van Titel I van de Faillissementswet "Van de vereffening des boedels" is en veel faillissementen eindigen voordat de fase van de vereffening wordt bereikt. Dat leidt tot de vraag of wel van een strafbaar feit sprake kan zijn, indien de fase van de vereffening gelet op de stand van de boedel niet bereikt kan worden.

Het Voorontwerp definieert wel een bestuurder maar niet wat een commissaris is. Onduidelijk is ook of bij rechtspersonen met een *one tier board*, de niet uitvoerende bestuurders als bestuurder of als commissaris moeten worden aangemerkt. Ook dit zou in de definities ondervangen kunnen worden.

Den Haag, 30 september 2013

Bijl.

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het wetsvoorstel wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (wet civielrechtelijk bestuursverbod), hierna: "het Voorontwerp"

1. Inleiding en samenvatting

In dit advies geeft de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (hierna: Gecombineerde Commissie) haar eerste bevindingen weer met betrekking tot het Voorontwerp voor een wet ter invoering van het civielrechtelijke bestuursverbod. Zoals in het navolgende zal blijken heeft de Gecombineerde Commissie nogal wat bezwaren tegen het Voorontwerp. Die bezwaren hebben meer in het bijzonder betrekking op het volgende. Het bestuursverbod kan zo ingrijpend zijn voor degenen die het treft – zowel de persoon van bestuurder als ook de rechtspersonen voor wie het bestuursverbod geldt – dat een wettelijke regeling dienaangaande voldoende waarborgen en rechtsbescherming dient te bevatten. Het Voorontwerp schiet daarin naar de mening van de Gecombineerde Commissie ernstig tekort. De Gecombineerde Commissie acht de figuur van het bestuursverbod zelfs van dien aard dat de Gecombineerde Commissie het strafrecht meer aangewezen vindt waarbinnen deze rechtsfiguur geplaatst dient te worden. Voorts stelt de Gecombineerde Commissie veel vraagtekens bij de rol die in het Voorontwerp aan de curator wordt toegekend. Het vorderen van een bestuursverbod past naar de mening van de Gecombineerde Commissie niet binnen de taken van de curator. En hoe dan ook zullen de door de curator te maken kosten niet ten laste van de boedel mogen komen en dus geen nadeel voor de crediteuren mogen opleveren. Indien een bestuursverbod (ook) een civielrechtelijke basis zou moeten hebben, dan zou de desbetreffende wettelijke regeling naar de mening van de Gecombineerde Commissie bij voorkeur in Boek 2 BW dienen te worden opgenomen en niet in de Faillissementswet.
Vanwege de zwaarte van de sanctie is de Gecombineerde Commissie van mening dat de in het Voorontwerp opgenomen drempels voor het opleggen van een bestuursverbod te laag zijn.

2. Algemeen

2.1 De Gecombineerde Commissie onderkent het (maatschappelijk) belang dat is gediend met het voorkomen en het bestrijden van misbruik van en fraude met rechtspersonen . En daarin kunnen in bepaalde mate ook bestuursverboden passen. In de toelichting op het Voorontwerp wordt overigens niet vermeld of onderzocht is of in de praktijk behoefte bestaat aan een civielrechtelijk bestuursverbod en/of in buitenlandse rechtstelsels die een dergelijk bestuursverbod kennen – de Gecombineerde Commissie is er via de verwijzing in de toelichting naar publicaties van Bras & Winter en van Van Veen mee bekend dat Engeland, de Verenigde Staten en ook Australië een dergelijk bestuursverbod kennen – dit als effectief instrument wordt ervaren ter bestrijding van misbruik van rechtspersonen en faillissementsfraude. De Gecombineerde Commissie vraagt zich vooralsnog af of er voldoende reden is om naast het reeds bestaande wettelijke instrumentarium – meer in het bijzonder ook het strafrechtelijke bestuursverbod – een civielrechtelijk bestuursverbod in het leven te roepen zoals in het Voorontwerp is opgenomen.
Indien het bestaande strafrechtelijke bestuursverbod in de praktijk onvoldoende adequaat mocht zijn, zou het dan niet meer voor de hand liggen om deze strafrechtelijke regelgeving aan te passen en/ of de activiteiten van het justitiële apparaat met betrekking tot de toepassing ervan uit te breiden, zodat de effectiviteit van deze strafrechtelijke regeling wordt verhoogd? Indien in het bestaande strafrecht niet een adequate delictsomschrijving zou bestaan op overtreding waarvan een bestuursverbod als sanctie kan gelden, dan zou te overwegen zijn om een dergelijke delictsomschrijving in het leven te roepen. Die zou dan overigens specifiek geënt moeten worden op (bepaalde vormen van) faillissementsfraude. Faillissementsfraude is immers – zo blijkt ook uit de toelichting – de rode draad in het Voorontwerp en hetgeen de opsteller van het Voorontwerp wil "bestraffen" cq beteugelen.
De Gecombineerde Commissie voegt hier meteen aan toe dat een van haar belangrijke bezwaren tegen het Voorontwerp is dat het in artikel 106a genoemde handelen of nalaten dat tot een bestuursverbod kan leiden bepaald niet altijd en zelfs zeer vaak niet is te kwalificeren als fraude. En ook meer in het algemeen vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of de nu in artikel 106a opgenomen open norm zonder een duidelijke ondergrens wel aanvaardbaar is om daaraan een handelen of nalaten te toetsen met een zo strenge sanctie als het bestuursverbod. De in artikel 106a opgenomen drempels zijn – overwegend – wel erg laag. De Gecombineerde Commissie meent dat ook in de norm tot uitdrukking moet komen dat het moet gaan om een uitzonderlijke sanctie in een uitzonderlijke situatie en zou er meer voor voelen dat sprake moet zijn van handelen of nalaten als bestuurder met opzet of met bewuste roekeloosheid. Dat zou dan overigens zowel voor een strafrechtelijke delictsomschrijving waarop als sanctie een bestuursverbod wordt gesteld alsook voor een civielrechtelijk bestuursverbod – indien het Voorontwerp zal leiden tot een wetsontwerp – moeten gelden.
Overigens zal, ook ingeval van een civielrechtelijk bestuursverbod, de opzet c.q. bewuste roekeloosheid bewezen moeten worden en zal, zo vindt de Gecombineerde Commissie, niet gewerkt kunnen worden met een onweerlegbaar vermoeden als in artikel 2:138/248 lid 2 BW is opgenomen.

Zoals hiervoor al opgemerkt plaatst de opsteller van het Voorontwerp het civielrechtelijk bestuursverbod zeer overwegend in de sleutel van de faillissementsfraude. Fraude is ook

overwegend een stafrechtelijk begrip. Het bestuursverbod in het Voorontwerp heeft voorts een zeer punitief karakter. Het opleggen van de sanctie van een bestuursverbod dient naar de mening van de Gecombineerde Commissie gepaard te gaan met uiterst zorgvuldige waarborgen ten behoeve van de justiabelen die het aangaat. De Gecombineerde Commissie heeft de nodige twijfels of in het Voorontwerp die waarborgen wel voldoende tot uitdrukking komen. Het strafrecht biedt dergelijke waarborgen wel. Een en ander zou er ook voor pleiten het bestuursverbod niet buiten de strafrechtelijke sfeer te hanteren.

2.2 Bij het voorgaande overweegt de Gecombineerde Commissie ook dat het naar haar mening niet is uit te sluiten dat het voorgestelde bestuursverbod - ook al wordt het gekwalificeerd als een civielrechtelijk bestuursverbod – aangemerkt zou kunnen worden als een strafrechtelijke sanctie en dus als een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Het valt de Gecombineerde Commissie op dat in de toelichting op het Voorontwerp hieraan geen enkele aandacht wordt geschonken. Ook is het naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie niet uit te sluiten dat het bestuursverbod is aan te merken als een inmenging in het eigendomsrecht van artikel 1 1e protocol bij het EVRM. Ook hieraan wordt in de toelichting op het Voorontwerp geen enkele aandacht besteed.
De Gecombineerde Commissie meent dat ook afgezien van de vraag of het civielrechtelijk bestuursverbod als strafrechtelijke sanctie op grond van het EVRM en/of als een inmenging in het eigendomsrecht op grond van het Eerste Protocol moet worden aangemerkt, het Voorontwerp onvoldoende aandacht besteedt aan de rechtsbescherming van de betrokken (rechts)personen en partijen en aan procedurele aspecten.

2.3 Als het bestuursverbod ook buiten het strafrecht een plaats zou moeten krijgen dan plaats de Gecombineerde Commissie grote vraagtekens bij het voornemen van de opsteller van het Voorontwerp om de curator in een faillissement een preponderante rol te geven bij het verkrijgen van civielrechtelijke bestuursverboden. De primaire taak van de curator is de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde rechtspersoon. Het vorderen van een bestuursverbod past naar de mening van de Gecombineerde Commissie op geen enkele wijze binnen deze taak. Een bestuursverbod dient op geen enkele wijze het belang van de schuldeisers van de desbetreffende gefailleerde rechtspersoon en draagt dus ook niet bij aan een boedelactief ten gunste van de schuldeisers. Een bestuursverbod is ook niet relevant voor de gefailleerde rechtspersoon zelf. Immers komt door het faillissement al automatisch een einde aan in elk geval het materiële bestuurderschap van de bestuurder. Als het gaat om een bestuursverbod bij andere rechtspersonen dan is zelfs onder omstandigheden denkbaar dat een dergelijke bestuursverbod ten nadele werkt van de boedel van de gefailleerde rechtspersoon.

In het kader van het bovenstaande komt ook de vraag op wie de kosten zal dragen die gepaard gaan met het door de curator te vorderen bestuursverbod. Moeten die ten laste komen van het boedelactief en dus ten laste van de schuldeisers, hoewel uit een toewijzing van de vordering geen enkele bate voor de schuldeisers zal voortvloeien? Zullen de kosten ten laste komen van de overheid, waarvoor de rechtvaardiging dan zou kunnen zijn dat met het bestuursverbod het algemeen belang gediend is?

De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit dat gedurende de gehele procedure – en dus tot de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan – de curator die de procedure aanhangig heeft gemaakt de hoedanigheid van curator zal moeten hebben en dat dus ook al die tijd het faillissement niet afgewikkeld / beëindigd kan worden, tenzij de curator de vordering intrekt. Dit kan tot een onnodige stijging van de kosten van het faillissement leiden en ook overigens tot ongewenste gevolgen leiden indien er – afgezien van het bestuursverbod – geen andere belangen zijn gediend met het voortduren van het faillissement. De bestaande garantieregeling biedt hiervoor geen oplossing.

2.4 Omdat er voor de curator geen (civielrechtelijk) belang bestaat bij het vorderen van een bestuursverbod en omdat het ook niet tot de taak van de curator kan worden gerekend komt de vraag aan de orde of derden het tot een civielrechtelijk bestuursverbod zouden moeten kunnen leiden. Dat zou dan primair het Openbaar Ministerie kunnen zijn die deze rol ook naast de curator in het onderhavige Voorontwerp krijgt toebedeeld. Maar dan zou het naar de mening van de Gecombineerde Commissie nog maar een kleine en eigenlijk ook volkomen logische en rechtens ook te prefereren stap zijn dat het Openbaar Ministerie deze rol vervult binnen haar – eigen – strafrechtelijke taak. De Gecombineerde Commissie verwijst ook naar hetgeen zij hiervoor in de paragrafen 2.1 en 2.2 heeft opgemerkt.
Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat de Gecombineerde Commissie er niet bepaald een voorstander van is om andere derden het recht te geven een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen, bijvoorbeeld naar analogie van artikel 2:298 BW. Maar dat overweegt de wetgever ook niet en zal, zo neemt de Gecombineerde Commissie aan, de wetgever ook niet gaan overwegen.

In het licht van het bovenstaande is de Gecombineerde Commissie er geen voorstander van dat – zoals blijkens de toelichting op het Voorontwerp wel de bedoeling is van de opsteller van het Voorontwerp – de schuldeisers via de rechter-commissaris de curator kunnen bewegen om een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen. Terzijde merkt de Gecombineerde Commissie in dit verband op dat uit de toelichting die ook de gezamenlijke schuldeisers noemt, niet helemaal duidelijk wordt of hier inderdaad gedoeld wordt op de gezamenlijke schuldeisers waarvoor de wet geen bijzondere organisatievorm kent, of dat uitsluitend een rol wordt toebedeeld aan een commissie uit de schuldeisers (die slechts zelden wordt ingesteld) of aan iedere schuldeiser. Uit de verwijzing in de toelichting naar artikel 69 Fw zou kunnen worden afgeleid dat ook individuele schuldeisers hier een rol zouden kunnen vervullen. Dit laatste zou de Gecombineerde Commissie sowieso onwenselijk vinden.
Als dit recht van de (commissie uit de) schuldeisers toch gehandhaafd zou blijven dan komt overigens de vraag op of de curator zo nodig met instemming van de rechter-commissaris op enig moment geheel buiten de schuldeisers om de vordering ook weer kan intrekken, bijvoorbeeld indien een voortduren van de procedure tot onnodige vertragingen bij de afwikkeling van het faillissement en daarmee ook tot extra faillissementskosten zou leiden.

In dit verband – en ook dit min of meer terzijde – vraagt de Gecombineerde Commissie zich nog af of de opsteller van het Voorontwerp nog overweegt om, indien het Voorontwerp zal worden gevolgd door een wetsvoorstel, artikel 2:298 BW nog zal worden aangepast.

2.5 Indien in weerwil van het bovenstaande wordt overgaan tot het voorstellen van een civielrechtelijk bestuursverbod, dan is het voor de Gecombineerde Commissie de vraag of dit dan een regeling moet krijgen in de Faillissementswet of in Boek 2 BW. De Gecombineerde Commissie zou willen pleiten voor een regeling in Boek 2 BW, overigens ook indien de in het Voorontwerp opgenomen rol van de curator gehandhaafd mocht blijven. Ter argumentatie hiervan merkt de Gecombineerde Commissie het volgende op.
Voor het civielrechtelijke bestuursverbod zoekt de opsteller van het Voorontwerp in zeer overwegende mate aanknoping bij artikel 2:138 / 248 BW over de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement. Dat geldt ook voor het in het Voorontwerp gekozen begrippenkader, zozeer zelfs dat de aanhef van artikel 106a lid 2 en subonderdeel a van dat lid elkaar overlappen nu artikel 2:138/248 lid 1 ook als voorwaarde stelt dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling sprake is geweest. Dat verandert niet indien, zoals de Gecombineerde Commissie hiervoor heeft bepleit, de eis wordt gesteld dat bij het kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is geweest van opzet of grove nalatigheid. Ook wetsystematisch pleit veel ervoor om de regeling van het civielrechtelijke bestuursverbod in Boek 2 BW op te nemen. Zo is denkbaar dat het faillissement dat tot het opleggen van het bestuursverbod aanleiding was is geëindigd en zich daarna redenen voordoen die een wijziging van de getroffen maatregel noodzakelijk en/of gewenst maken.
Voorts is ook het feit dat de curator ter verkrijging van een bestuursverbod een vordering dient in te stellen en dus de dagvaardingsprocedure dient te hanteren een vreemde eend in de bijt van de Faillissementswet, waarin de curator al zijn rechten – in de vorm van verzoeken – dient geldend te maken bij verzoekschrift.
Hierna, in punt 3.1, zal de Gecombineerde Commissie nog aan de orde stellen of het bestuursverbod (in beginsel) voor alle rechtspersonen zal moeten gelden of slechts voor die rechtspersonen waarvoor ook de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement geldt. Indien die vraag in laatst bedoelde zin beantwoord zou moeten worden zou dat een argument te meer zijn om het bestuursverbod een regeling te geven in Boek 2 BW.

2.6 Naast bovenstaande meer algemene opmerkingen heeft de Gecombineerde Commissie nogal wat commentaar op de uitwerking van het Voorontwerp en dus op de afzonderlijke artikelen. Dit commentaar volgt hierna, waarbij de Gecombineerde Commissie overigens in dit stadium nog niet streeft naar volledigheid.

3. Artikelsgewijs commentaar

3.1 Artikel 106a lid 1

3.1.1 De Gecombineerde Commissie meent dit artikel 106a lid 1 zo te moeten lezen dat een bestuurder van elke rechtspersoon die failliet wordt verklaard kan worden getroffen door een bestuursverbod en dus niet alleen bestuurders van N.V.'s en B.V.'s, ook al wordt in artikel 106a

lid 2 sub a verwezen naar een bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikelen die gelden voor de N.V. en B.V. Vervolgens zal een opgelegd bestuursverbod in beginsel op grond van artikel 106b gelden voor alle rechtspersonen. Indien de wetgever zou willen blijven opteren voor de naar de mening van de Gecombineerde Commissie (te) lage drempels van artikel 106a en meer in het bijzonder dus ook voor een koppeling aan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van artikel 2:138 / 248 BW, dan zou de Gecombineerde Commissie zich kunnen voorstellen dat het bestuursverbod beperkt blijft tot bestuurders van die rechtspersonen voor wie in geval van faillissement de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geldt. Dus voor de N.V. op grond van artikel 2:138, voor de B.V. op grond van artikel 2:248, voor verenigingen (met in begrip van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen) en stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen op grond van artikel 2:50a en 2:300a. Dat betekent dan dus dat alleen maar bestuurders van dergelijke gefailleerde rechtspersonen een bestuursverbod opgelegd kunnen krijgen en dat dat bestuursverbod vervolgens dus ook alleen maar geldt voor deze rechtspersonen, dus N.V.'s en B.V.'s en aan de vennootschapsbelasting onderworpen verenigingen en stichtingen. De motivering hiervoor ontleent de Gecombineerde Commissie onder andere aan de toelichting zelf op het Voorontwerp waar wordt opgemerkt dat het civielrechtelijke bestuursverbod "een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties" betreft. En als motivering geldt natuurlijk ook dat bij het bestuursverbod zo nauw wordt aangeknoopt bij de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement. Volgens diezelfde toelichting beoogt de opsteller van het Voorontwerp met het bestuursverbod faillissementsfraude te beteugelen, faillissementsfraude die "het vertrouwen in het handelsverkeer ondermijnt, de concurrentieverhoudingen verstoort en voor grote financiële schade zorgt." Dat alles speelt natuurlijk nauwelijks bij de meeste andere rechtspersonen. Met uitzondering dan wellicht van grote instellingen die geen N.V. of B.V. zijn en ook niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, zoals bepaalde woningcorporaties en sommige grote culturele instellingen e.d. Maar als dan het bestuursverbod ook voor dergelijke rechtspersonen/ondernemingen zou moeten gelden dan zou er zeker zo veel reden zijn om dergelijke rechtspersonen/ondernemingen ook te onderwerpen aan een bestuurdersaansprakelijkheidsregiem van artikel 2:138 BW.

Mocht daarentegen de wetgever ervoor kiezen de drempels voor een bestuursverbod duidelijk hoger te leggen en dus bijvoorbeeld pas in geval van opzettelijk handelen en nalaten dan wel handelen en nalaten met een bewuste roekeloosheid een bestuursverbod mogelijk te maken (zie ook hiervoor paragraaf 2.1), dan zou de Gecombineerde Commissie er minder bezwaar tegen hebben indien een bestuursverbod zich in beginsel uitstrekt tot alle rechtspersonen.

3.1.2 Voor de Gecombineerde Commissie is het niet duidelijk welke rechtbank, genoemd in artikel 106a lid 1, bevoegd is. Is dit de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken? Of de rechtbank die bevoegd is in procedures op grond van de artikelen 2:138 c.a.? Of de rechtbank die bevoegd zou zijn inzake vernietigingsacties als bedoeld in artikel 106a lid 2 sub b? Of bevoegd zou zijn in procedures verband houdende met bestuurlijke boetes als bedoeld in artikel 106a lid 2 sub e?

3.1.3 In meer algemene zin veronderstelt de Gecombineerde Commissie dat op de in artikel 106a lid 1 genoemde procedures de procedureregels in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering van toepassing zijn. Het verdient aanbeveling dat dit in het Voorontwerp tot uitdrukking wordt gebracht. De Gecombineerde Commissie verwijst in dit verband ook naar haar hierna nog volgende opmerkingen met betrekking tot artikel 106c lid 2.

3.2 Artikel 106a lid 2

Dit lid geeft een opsomming van situaties waarin sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Blijkens de woorden "in ieder geval" is die opsomming niet limitatief. De Gecombineerde Commissie heeft daar, zoals uit haar algemene opmerkingen duidelijk zal zijn, grote moeite mee. Juist ook vanwege de uitzonderlijke en zware sanctie en het punitieve karakter van de sanctie grenzend ook aan een strafrechtelijke sanctie dient volkomen duidelijk te zijn in welke gevallen een dergelijke sanctie kan worden opgelegd. Indien de opsomming niet limitatief is, ziet de Gecombineerde Commissie ook geen goede reden waarom deze voorbeelden in de wet en niet ter illustratie in de toelichting genoemd zouden worden.

3.3 Artikel 106a lid 2 sub a

De eerste grond voor het opleggen van een bestuursverbod is dat voldaan is aan de voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:138 lid 1 / 248 lid 1 BW. Als de wetgever uiteindelijk toch geen hogere drempels wil opnemen dan de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling (zie ook paragraaf 2.1) dan wil de Gecombineerde Commissie bepleiten dat voor het opleggen van een bestuursverbod vereist is dat aan alle voorwaarden zoals die op grond van artikel 2:138 lid 1 / 248 lid 1 BW en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie gelden is voldaan. Dat betekent dan dus ook dat voldaan dient te zijn aan het vereiste dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.
Dus alleen indien de rechter vaststelt dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van artikel 2:138 / 248 BW kan – als het ware als bijkomende "sanctie" – een bestuursverbod worden opgelegd. Dit lijkt de Gecombineerde Commissie ook een praktische gang van zaken. De Gecombineerde Commissie verwacht dat indien de curator al een actie wil instellen die moet leiden tot een bestuursverbod, de curator dat (doorgaans) slechts zal doen in combinatie met een actie op grond van artikel 2:138 / 248 BW. Dat vergt dan ook niet of nauwelijks extra kosten e.d. Als dan de vordering op grond van artikel 2:138 / 248 door de rechter wordt toegewezen kan de rechter tevens een bestuursverbod opleggen.
Ook dit draagt bij aan de duidelijkheid en rechtszekerheid die met betrekking tot het bestuursverbod gewenst is. Daarnaast zouden eventueel dan nog de afzonderlijke omstandigheden genoemd sub b tot en met e als grond voor een bestuursverbod kunnen gelden, met de kanttekeningen overigens die hierna nog zullen volgen.
In de toelichting wordt opgemerkt dat het vereiste dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling niet de oorzaak hoeft te zijn geweest van het faillissement niet is gesteld omdat dan de twee andere normen waarvan de overtreding tot een bestuursverbod kan leiden – namelijk de normen genoemd in artikel 106a lid 2 sub b en c – niet zouden worden bestreken. De Gecombineerde Commissie is van mening dat deze redenering niet op gaat, althans indien – wat de

Gecombineerde Commissie uiterst wenselijk acht – de in lid 2 genoemde normen een limitatief karakter hebben.

3.4 Artikel 106a lid 2 sub b

3.4.1 De Gecombineerde Commissie plaatst vraagtekens bij de in artikel 106a lid 2 sub b genoemde handelingen als zelfstandige grond voor een civielrechtelijk bestuursverbod naast de sub a genoemde grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Naar de mening van de Gecombineerde Commissie zou dergelijk paulianeus handelen slechts een bestuursverbod rechtvaardigen indien dat handelen tevens is te kwalificeren als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:138 / 248 BW. Sub b van dit artikel 106a lid 2 vermeldt niet door wie de daar genoemde rechtshandelingen moeten zijn verricht. De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit - en acht het wenselijk – dat het uitsluitend dient te gaan om door de desbetreffende bestuurder verrichte of mogelijk gemaakte of niet verhinderde rechtshandelingen.

3.4.2 Voorts acht de Gecombineerde Commissie het beter dat in dit artikel 106a lid 2 sub b niet wordt gesproken over "één of meerdere schuldeisers" maar meer in algemene zin over "de schuldeisers". Dat sluit ook aan bij de sub b genoemde artikelen 42 t/m 46 (bedoeld zal zijn "artikelen 42 tot en met 45"; immers artikel 46 bestaat niet en blijkens de toelichting wordt uitdrukkelijk niet verwezen naar artikel 47) waar ook het vereiste is gesteld dat "de schuldeisers" worden benadeeld. Terzijde en min of meer ook in het verlengde van haar opmerkingen in de voorgaande paragraaf 2.3 merkt de Gecombineerde Commissie op dat het ook niet de taak van de curator is om voor de belangen van een individuele schuldeiser op te komen.

3.4.3 In meer algemene zin vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of deze in artikel 106a lid 2 sub b afzonderlijk genoemde grond wel nodig en gewenst is naast de sub a genoemde grond. Daar komt nog bij dat naar de mening van de Gecombineerde Commissie artikel 106a lid 2 sub b in twee opzichten erg ongelukkig is geformuleerd. In de eerste plaats is het mogelijk dat bij een rechtshandeling anders dan om niet de wetenschap van benadeling wel bij de bestuurder maar niet bij zijn wederpartij bestond. In dat geval is vernietiging niet mogelijk en wordt daarmee niet voldaan aan het vereiste sub b, terwijl het handelen wel onder de norm van lid 1 zou kunnen vallen. Dat is vragen om moeilijkheden. In de tweede plaats rijst de vraag of indien een rechtshandeling door de curator op grond van de artikelen 42 tot en met 45 succesvol is vernietigd, er nog wel van benadeling sprake kan zijn. Die benadeling is in dat geval immers opgeheven door de vernietiging.

3.5 Artikel 106 a lid 2 sub c

De Gecombineerde Commissie vindt de sanctie van een bestuurdersverbod op overtreding van de in artikel 106a lid 2 sub c genoemde norm (het geven van onvoldoende informatie en medewerking aan de curator) wel erg zwaar. De Gecombineerde Commissie wijst er in dit verband ook op dat onder andere artikel 87 van de Fw de curator al de nodige middelen verschaft om de bestuurder tot de hier bedoelde medewerking te bewegen.

3.6 Artikel 106a lid 2 sub d

3.6.1 In meer algemene zin vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of het feit alleen al dat een bestuurder van een gefailleerde vennootschap in een periode van drie jaar voorafgaande aan dat faillissement betrokken is geweest bij een faillissement een bestuursverbod kan rechtvaardigen. In geen van die faillissementen hoeft sprake te zijn geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. En daarvan zal zelfs geen sprake zijn geweest; immers zou er wel sprake van zijn geweest dan zou al toepassing kunnen worden gegeven aan artikel 106 b lid 1 sub a.

3.6.2 Uit de toelichting blijkt dat voor de toepassing van artikel 106a lid 2 sub d met elkaar samenhangende faillissementen zoals gelijktijdig uitgesproken faillissementen van rechtspersonen die tot een concern behoren niet als afzonderlijke faillissementen meetellen. Naar de mening van de Gecombineerde Commissie zou dit ook in de wet opgenomen moeten worden.

3.7 Artikel 106a lid 2 sub e

Uit de toelichting maakt de Gecombineerde Commissie op dat in artikel 106a lid 2 sub e bedoeld is dat die boetes ook in een bepaalde periode - van 3 jaar – voorafgaande aan het faillissement moeten zijn opgelegd. De Gecombineerde Commissie vindt dat dit ook in de wettekst moet worden opgenomen.

Als overigens het sub e bepaalde als een afzonderlijke grond voor een bestuursverbod dient te gelden, dan zal het des te meer zijn aangewezen dat dat bestuursverbod dan strafrechtelijk gekoppeld wordt aan sancties op de daargenoemde vergrijpen.

3.8 Artikel 106a lid 6

De Gecombineerde Commissie kan de laatste zin van de toelichting op artikel 106a lid 6 niet goed plaatsen voor zover daarmee voorbij wordt gegaan aan het feit dat ook rechtspersonen met het bestuur van een maatschap, commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma belast kunnen zijn.

3.9 Artikel 106b lid 1 en lid 2

3.9.1 Anders dan met betrekking tot artikel 106b lid 2 (op het moment van opleggen van het bestuursverbod bestaande andere bestuurderschappen) bestaat met betrekking tot artikel 106b lid 1 (het gaan vervullen van toekomstige bestuurderschappen na het opleggen van het bestuursverbod) geen mogelijkheid voor de rechter om uitzonderingen te creëren. Dit is een gemis in de voorgestelde regeling. In de lacune zou kunnen worden voorzien samen met de door de Gecombineerde Commissie hierna in paragraaf 3.9.4 bepleite voorziening.

3.9.2 Uit de toelichting blijkt dat het vonnis waarbij een bestuursverbod wordt opgelegd uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Dat betekent dus dat een bestuursverbod (aanzienlijk) langer kan duren dan 5 jaar. Immers wordt de maximale periode van 5 jaar in artikel 106b gerelateerd aan het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak. De Gecombineerde Commissie zou willen

voorstellen om op de maximum periode van 5 jaar in mindering te brengen de daaraan voorafgaande periode dat het bestuursverbod reeds werking heeft gehad.

3.9.3 De Gecombineerde Commissie zou het wenselijk vinden dat in de wet dan wel in de toelichting nader wordt aangegeven wat de situatie is c.q. de rechtsgevolgen zullen zijn indien een in een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis opgelegd bestuursverbod (en eventueel ook een bij wijze van voorlopige voorziening opgelegd bestuursverbod) door een latere rechterlijke beslissing ongedaan wordt gemaakt. De Gecombineerde Commissie denkt daarbij dan zowel aan de persoonlijke (financiële) gevolgen voor de desbetreffende bestuurder alsook aan de (rechtspersonenrechtelijke) rechtsgevolgen binnen de rechtspersonen waar het bestuursverbod op grond van artikel 106b lid 2 is gaan gelden. Hierbij rijst bijvoorbeeld de vraag of een dergelijke vernietiging ex tunc of ex nunc werkt.

3.9.4 De Gecombineerde Commissie constateert dat in het Voorontwerp geen voorziening is opgenomen die het mogelijk maakt dat het bestuursverbod voortijdig wordt opgeheven of beperkt. Er zijn naar de mening van de Gecombineerde Commissie situaties denkbaar waarin een dergelijke voorziening wenselijk is.

3.10 Artikel 106b lid 3

3.10.1 De Gecombineerde Commissie veronderstelt dat met "de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd" niet uitsluitend wordt gedoeld op de in kracht van gewijsde gegane uitspraak. Als dat zo is dan wil de Gecombineerde Commissie bepleiten dat in elk geval nog niet in het centraal register wordt ingeschreven een niet-uitvoerbaar verklaard vonnis waarin een bestuursverbod is opgelegd. Anders treedt *de facto* het verbod in werking. En er is ook een gerede kans dat een dergelijke inschrijving tot verwarring aanleiding kan geven.
Overigens plaatst de Gecombineerde Commissie meer in het algemeen kanttekeningen bij het bepaalde in artikel 106b lid 3 dat opgelegde bestuursverboden dienen te worden ingeschreven in een centraal register. Dat maakt de sanctie van het civielrechtelijke bestuursverbod nog eens extra zwaar en diffamerend. Een dergelijke voor het publiek toegankelijke inschrijving is niet (eens) verbonden aan het strafrechtelijke bestuursverbod.
De Gecombineerde Commissie mist iedere afweging van de openbaarheid van het bestuursverbod tegen de privacy van de betrokkenen.

3.10.2 Meer in het algemeen ontbreekt in het Voorontwerp een regeling van de gevolgen van een vernietiging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard bestuursverbod of van een als voorlopige voorziening opgelegd bestuursverbod na het aanwenden van een rechtsmiddel. Zo wordt niet voorzien in de inschrijving van beslissingen waarbij een ingeschreven bestuursverbod is vernietigd. En ook worden de vennootschapsrechtelijke gevolgen van een vernietiging niet geregeld zodat onduidelijk is of besluiten geldig blijven ondanks het feit dat de betrokkene niet heeft kunnen deelnemen aan de besluitvorming en mogelijk alleen door de rechter (ten onrechte) benoemde tijdelijke bestuurders het besluit hebben genomen en de rechtspersoon hebben vertegenwoordigd. Ook wordt niet geregeld of de betrokken bestuurder en de rechtspersoon aanspraak hebben op schadevergoeding en jegens wie.

3.11 Artikel 106c lid 1

De Gecombineerde Commissie merkt met betrekking tot artikel 106c lid 1 op dat het voor de curator en het Openbaar Ministerie een moeilijke zo niet onmogelijke opgave zal zijn om uittreksels uit het handelsregister te produceren van de overige rechtspersonen waarvan de bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd bestuurder of commissaris is. In het handelsregisters kan niet, althans niet op eenvoudige wijze worden gerechercheerd op namen van bestuurders en commissarissen.

3.12 Artikel 106c lid 2

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of de processuele positie van de in artikel 106c lid 2 bedoelde rechtspersonen wel voldoende gewaarborgd is met het recht van die rechtspersonen hun "zienswijze" naar voren te brengen. Het belang dat die rechtspersonen hebben bij het al dan niet opleggen van een bestuursverbod aan hun bestuurders zou rechtvaardigen dat die rechtspersonen het recht hebben om zich in de procedure waarin het bestuursverbod wordt gevorderd te voegen dan wel in die procedure tussen te komen. Dit past ook in de dagvaardingsprocedure waarmee de curator de vordering dient in te stellen. In de verzoekschriftprocedure – die het Openbaar Ministerie dient te volgen – ligt het voor de hand dat de rechter de desbetreffende rechtspersonen oproept als belanghebbenden en dat die rechtspersonen alsdan een verweerschrift kunnen indienen.

Kunnen die rechtspersonen ook hun zienswijze geven over de aangelegenheden genoemd in de leden 3, 4, en 5 van artikel 106c? Op basis van de bestaande tekst is dat niet vanzelfsprekend.

3.13 Artikel 106c lid 3

Met betrekking tot de tijdelijke aanstelling door de rechtbank van bestuurders of commissarissen in artikel 106c lid 3 en lid 4 zou de Gecombineerde Commissie een nadere regeling wensen over de rechtspositie van die tijdelijke bestuurders en meer in het bijzonder ook over de aansprakelijkheid van die bestuurders.
De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit dat het de rechter is die de bezoldiging van de tijdelijke bestuurders zal vaststellen. Dit blijkt echter niet uit de wet. De Gecombineerde Commissie stelt voor dit in de wet op te nemen.
De Gecombineerde Commissie wil in herinnering roepen de discussie in het kader van de wijziging van het enquêterecht over de aansprakelijkheidsrisico's en het risico dat door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen kosten van juridische bijstand moeten maken. Bij de benoeming van tijdelijke bestuurders en ander functionarissen overeenkomstig het Voorontwerp rijzen dezelfde vragen die aan de orde zijn in de hiervoor genoemde discussie. Een afdoende bescherming tegen dergelijke risico's zal in belangrijke mate bepalend zijn voor de mogelijkheid die de rechter heeft personen bereid te vinden een dergelijke functie te aanvaarden.

3.14 Artikel 106c lid 4

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of er wel goede redenen zijn om voorlopige voorzieningen mogelijk te maken. Ieder normatief kader voor dergelijke voorzieningen ontbreekt in het Voorontwerp en de toelichting daarop. Voorlopige voorzieningen vormen naar hun aard ordemaatregelen. Goede redenen om een ordemaatregel te treffen bij een andere rechtspersoon waarvan de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon direct of indirect bestuurder is, zijn er naar de mening van de Gecombineerde Commissie niet echt, zeker niet zolang niet in rechte is vastgesteld dat de betrokken bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Indien de opsteller van het Voorontwerp van mening is dat een bestuurder uit zijn taak ontheven zou moeten kunnen worden ook indien nog niet vaststaat dat hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, dan lijkt een ander soort wettelijke regeling meer aangewezen.

3.15 Artikel 106c lid 5

3.15.1 De Gecombineerde Commissie veronderstelt dat aan de eerste zin van artikel 106c lid 5 na het woord "verzocht" dient te worden toegevoegd "c.q. gevorderd". Is voor een dergelijk verzoek/vordering een afzonderlijk verzoekschrift/dagvaarding nodig?
Kan de in lid 5 genoemde schorsing en tijdelijke aanstelling ook verzocht c.q. gevorderd worden in een appelprocedure indien in de eerste instantie het bestuursverbod niet is opgelegd, met andere woorden: wordt met "het geding" uitsluitend bedoeld het geding in eerste instantie en dus voor de rechtbank?

3.15.2 De in dit artikel aan de orde zijnde voorlopige voorzieningen betreffen steeds - en per definitief – andere rechtspersonen dan de gefailleerde rechtspersoon. Zou dit geen reden geven om die rechtspersonen een meer gedegen procesrechtelijke positie te geven, waarbij de Gecombineerde Commissie denkt aan de positie van de rekwestreerde c.q. gedaagde? Overigens geldt hetgeen de Gecombineerde Commissie hier opmerkt naar haar mening in gelijke mate voor artikel 106b lid 2. De Gecombineerde Commissie verwijst ook naar hetgeen zij hiervoor in punt 3.11 met betrekking tot artikel 106c lid 2 heeft opgemerkt.

3.16 Artikel II

Dient de bestuurlijke boete, genoemd in artikel 106a sub e, ook opgelegd te zijn na de inwerkingtreding van de wet, wil die als grond voor een bestuursverbod in aanmerking kunnen komen?

's-Gravenhage, 23 mei 2013

KNB
Koninklijke Notariële
Beroepsorganisatie

1 0 5 0 3 9
30.09.13
Postbus 16020
2500 BA
€ 00156 ct
PB 846248
Nederland

FM Haaglanden
01 OKT. 2013
Ontvangen

KNB
Koninklijke Notariële
Beroepsorganisatie

De Minister van Veiligheid en Justitie
De heer mr. I.W. Opstelten
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Sector straf- en sanctierecht
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Postbus 16020 2500 BA Den Haag

Gezien scankamer
V&J
- 1 OKT. 2013

Postbus 16020 2500 BA Den Haag

INSOLAD
VERENIGING INSOLVENTIERECHT ADVOCATEN

Ministerie van Veiligheid en Justitie

Schedeldoekshaven 100
2511 EX DEN HAAG

Amsterdam, 3 februari 2014

Excellentie,

Met excuses voor de vertraging zend ik u hierbij de reactie van Insolad op het Voorontwerp voor de Wet Herziening Strafbaarstelling Faillissementsfraude.

Hoogachtend,

90002702 P 2188780 / 2

INSOLAD
VERENIGING INSOLVENTIERECHT ADVOCATEN

De Vereniging Insolventierecht Advocaten ("INSOLAD") heeft het Voorontwerp voor een Wet Herziening Strafbaarstelling Faillissementsfraude bestudeerd. Gaarne brengt zij daarover de volgende opmerkingen over uw aandacht.

INSOLAD is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partij- en bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties.

Algemene opmerkingen

Het Voorontwerp dient gezien te worden in het kader van het streven van de overheid faillissementsfraude te bestrijden. INSOLAD onderkent het belang van (faillissements)fraudebestrijding en is verheugd over de aandacht die het onderwerp bij de wetgever geniet. Hoewel een modernisering van de strafrechtelijke bepalingen die grotendeels reeds meer dan een eeuw oud zijn niet misstaat, kan INSOLAD zich niet aan de indruk onttrekken dat ook met het huidige arsenaal een veel intensievere en derhalve succesvollere vervolging zou kunnen plaatsvinden van fraudeurs en dat het gebrek aan hantering daarvan er vooral zijn oorzaak in vindt dat opsporing en vervolging van faillissementsfraudedelicten in de loop der tijd weinig prioriteit hebben gehad. Een verdergaande ontwikkeling van kennis en kunde en een bundeling van krachten van de overheidsdiensten die belast zijn met de opsporing en vervolging zou overigens ook kunnen bijdragen aan een effectievere fraudebestrijding. Zoals de Minister van Justitie ook in zijn overleg met de Tweede Kamer dan ook terecht heeft onderkend[1] zal vooral met een intensiever vervolgingsbeleid resultaat geboekt kunnen worden.

Het Voorontwerp bevat in hoofdzaak de volgende elementen:

(a) Uitbreiding van het begrip "bestuurder";
(b) Herziening van de inlichtingenplicht en de verplichting de administratie bij te houden en af te geven;
(c) Herziening van de bedrieglijke bankbreukbepalingen;
(d) Toevoeging van een bepaling omtrent strafbaarstelling van buitensporig gebruik van middelen indien geen faillissement volgt.

Opgemerkt wordt dat volgens diverse van de voorgestelde strafbepalingen aan de gefailleerde een geldboete opgelegd kan worden als alternatief voor een gevangenisstraf. Het opleggen van een geldboete aan een gefailleerde is echter niet zinvol en deze strafbedreiging zou daarom beter geschrapt kunnen worden, behoudens voor zover zij ziet op bestuurders als bedoeld in art. 51-2 Sr.

Uitbreiding van het begrip "bestuurder".

[1] Overleg van 20 december 2012, Kamerstukken II, 2012/13 29 991, nr 76, blz. 9-11

In het voorgestelde artikel 84a-1 Sr wordt bepaald dat onder bestuurder van een rechtspersoon mede wordt begrepen zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon. Aldus kan ook tegen dergelijke feitelijke bestuurders worden opgetreden ingeval van onder meer bedrieglijke bankbreuk. Het is de vraag of de bepaling steeds het gewenste effect zal sorteren. Zo bepaalt het voorgestelde art. 344-2 sub 1 Sr dat de bestuurder van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard strafbaar is indien hij niet desgevraagd terstond *overeenkomstig de op hem rustende wettelijke verplichtingen terzake* -kort gezegd- de administratie aan de curator verstrekt. Op deze feitelijke bestuurder rust echter niet de verplichting de administratie aan de curator te verstrekken en hij zal er ook niet in alle gevallen over beschikken. Voorts zou de vraag gesteld kunnen worden of de uitbreiding van art. 84a-1 Sr wel nodig is en of niet de feitelijk bestuurder reeds nu in voorkomende gevallen als doenpleger of medepleger in de zin van art. 47-1 sub 1 Sr. aangemerkt kan worden dan wel binnen het bereik van art. 51-2 Sr valt.

Herziening van de inlichtingenplicht en de verplichting de administratie bij te houden en af te geven

De voorgestelde herziening van art. 194 Sr is voornamelijk van redactionele aard. De verwijzing naar "degene die in het faillissement van een ander verplicht is tot het geven van inlichtingen..." lijkt geen uitbreiding te behelzen. Het delictsbestanddeel dat de inlichtingenplichtige wettelijk is opgeroepen is vervangen door het delictsbestanddeel "desgevraagd". INSOLAD acht dat een nuttige vereenvoudiging.

De strafbaarstelling van schending van de administratieplicht en de verplichting tot afgifte van de administratie worden verplaatst naar art. 344a Sr. Het niet nakomen van de administratieplicht is thans alleen dan strafbaar indien dit verzuim heeft plaatsgevonden ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers. In navolging van het voorstel van Hilverda stelt het Voorontwerp voor dit element in de delictsomschrijving te vervangen door het element dat dientengevolge de vereffening wordt bemoeilijkt. INSOLAD is er voorstander van dat de eis dat het niet voeren en bewaren van een deugdelijke administratie heeft plaatsgevonden ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers vervalt. De Memorie van Toelichting merkt te dien aanzien terecht op dat dit bestanddeel veelal moeilijk te bewijzen is en dat het voor de verwijtbaarheid van het gedrag ook minder van belang is[2]. Daarvoor in de plaats wordt nu voorgesteld dat als gevolg van het schenden van de administratie- of bewaarplicht de vereffening wordt bemoeilijkt. In de visie van INSOLAD is dit bestanddeel overbodig. Voor de strafbaarheid zou voldoende moeten zijn dat de administratie- of bewaarplicht is geschonden en dat het faillissement is gevolgd. Het argument in de Memorie van Toelichting dat dit bestanddeel de ruimte laat om geringe overtredingen van de

[2] Blz. 6.

administratie- en bewaarplicht die weinig tot geen schade opleveren voor de afwikkeling van het faillissement buiten beschouwing te laten, acht INSOLAD niet overtuigend. Het voorgestelde bestanddeel zal onduidelijkheid scheppen, omdat veelal niet eenvoudig vast te stellen valt of als gevolg van de overtreding de vereffening bemoeilijkt is, met andere woorden er wordt een causaliteitseis geïntroduceerd die de bewijslast voor het OM vergroot. INSOLAD is voorts van mening dat het eerder voor de hand ligt te bepalen dat een geringe schending van de administratieplicht niet strafbaar is of in zodanig geval niet te vervolgen. Daar komt bij dat niet alle faillissementen tot vereffening leiden. Het is goed denkbaar dat een reorganisatie in faillissement plaatsvindt nadat een nieuw bestuur is benoemd, terwijl de slechte staat van de administratie die reorganisatie wel degelijk bemoeilijkt. Er is geen aanleiding dat geval buiten de strafbepaling te brengen. Ten slotte zij in dit verband nog opgemerkt dat de invoering van horizontaal toezicht door de belastingdienst het risico met zich brengt dat de aandacht voor een nauwkeurige administratie afneemt. Dit maakt het belang van een strafbepaling in de hier voorgestane zin des te groter.

Men zou zich de vraag kunnen stellen of het wel juist is dat ook feitelijke bestuurders strafbaar kunnen zijn voor de schending van de administratie- of bewaarplicht, in het bijzonder indien er ook statutaire bestuurders zijn wier verantwoordelijkheid het is om voor een deugdelijke administratie en het bewaren daarvan zorg te dragen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen spelen in gevallen waarin te dien einde een trustmaatschappij een bestuurder levert. INSOLAD acht dit echter niet bezwaarlijk, omdat de betreffende strafbepalingen steeds als bestanddeel bevatten dat het niet voldoen aan een van deze verplichtingen de vervolgde bestuurder te verwijten valt. In zoverre is de situatie dus anders dan voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid onder art. 2:138/248 lid 2 jo. lid 3 BW, waar de individuele (feitelijke) bestuurder zich moet disculperen.

Volgens het Voorontwerp wordt het niet nakomen van de administratieplicht ook buiten faillissement strafbaar gesteld. INSOLAD acht dit juist.

INSOLAD heeft geen bezwaar tegen de formulering van de strafbepalingen met betrekking tot de afgifte van de administratie.

Herziening van de bedrieglijke bankbreukbepalingen

In het Voorontwerp wordt de bepaling van art. 340 sub 2/342 sub 2 Sr geschrapt. Deze bepaling houdt in dat de gefailleerde respectievelijk bestuurders van de gefailleerde strafbaar is of zijn indien de gefailleerde met het oogmerk het faillissement uit te stellen, op bezwarende voorwaarden geldopnemingen heeft gedaan terwijl de gefailleerde/de bestuurder wist dat het faillissement daardoor niet kon worden voorkomen,. INSOLAD zou er de voorkeur aan geven indien deze bepaling werd gehandhaafd. Dergelijke Konkursverschleppung is zeer schadelijk voor de crediteuren. Het tijdig openen

van een insolventieprocedure verdient de voorkeur.

In het voorgestelde art. 341 lid 1/343 aanhef Sr wordt het bestanddeel "ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers" vervangen door het bestanddeel "wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld". Tegen deze, in de Memorie van Toelichting[3] verdedigde, afzwakking van het opzetvereiste heeft INSOLAD geen bezwaar. Wel heeft zij dat tegen de wijziging erin bestaande dat het niet gaat om het collectief van schuldeisers (de boedel), maar dat benadeling van een enkele schuldeiser volstaat, zeker in het licht van onderdeel 3 van de bepaling. De constructie brengt met zich dat een schuldenaar die een schuldeiser bevoordeelt onder de aanvaarding van de aanmerkelijke kans[4] dat aldus een andere schuldeiser wordt benadeeld strafbaar is, indien het faillissement volgt. Dat zou kunnen betekenen dat, indien in het kader van een reddingspoging voor faillissement de schuldenaar bijvoorbeeld een onder eigendomsvoorbehoud geleverd goed verkoopt en uit de opbrengst een andere schuldeiser betaalt, de schuldenaar strafbaar zou zijn. De bepaling is ook strenger dan de bepaling van art. 42 Fw (laat staan art.47 Fw), omdat niet wordt geëist dat de schuldenaar ten tijde van de transactie weet dat het faillissement onafwendbaar is. De schuldenaar die weet dat de leverancier met eigendomsvoorbehoud in zijn verhaalsmogelijkheden wordt benadeeld omdat hij zijn zekerheidsrecht kwijt is, maar nog niet hoeft aan te nemen dat het faillissement onafwendbaar is, zou strafbaar zijn als het faillissement vervolgens toch wordt uitgesproken. Het gebruik van het bestanddeel "wederrechtelijk" in de bepaling van onderdeel 3 biedt naar de mening van INSOLAD onvoldoende waarborg.

De huidige redactie van art. 51 Sr dateert van na de invoering van de huidige bedrieglijke bankbreukbepalingen. In het licht daarvan en in aanmerking nemende de mogelijkheid bestuurders of commissarissen als medeplegers of doen plegers aan te merken is het de vraag of handhaving van aparte bepalingen voor bestuurders en commissarissen zoals thans voorgesteld in art. 342 en 343 Sr nog nodig zijn. Uit wetssystematisch oogpunt is een doublure wellicht onwenselijk.

Toevoeging van een bepaling omtrent strafbaarstelling van buitensporig gebruik van middelen indien geen faillissement volgt

In het Voorontwerp worden twee leden aan artikel 347 Sr toegevoegd waarin de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon strafbaar wordt gesteld die -kort gezegd- eraan meewerkt dat buitensporig middelen van de rechtspersoon worden verbruikt, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Deze bepalingen gelden (ook) indien de rechtspersoon vervolgens niet failliet wordt verklaard. INSOLAD is van mening dat deze strafbepalingen beter achterwege kunnen blijven.

[3] Blz. 8.
[4] Blijkens de Memorie van Toelichting dienen de woorden "wetende dat" aldus geïnterpreteerd te worden.

Allereerst is onduidelijk wat verstaan moet worden onder het ondervinden van ernstig nadeel door de rechtspersoon. Indien het gaat om benadeling van de crediteuren waardoor zij zich niet meer volledig kunnen verhalen op het vermogen van de rechtspersoon, zal faillissement kunnen volgen en kunnen de strafbepalingen van de voorgestelde artt. 342 en 343 sub 2 Sr in stelling worden gebracht. Daarbuiten mag de rechtspersoon in beginsel doen met haar middelen wat zij wil (mits zij zich natuurlijk houdt aan haar doelomschrijving e.d.). Het begrip "buitensporig middelen verbruiken", zoals gebezigd in het voorgestelde art. 347 leden 2 en 3 Sr is bij gebrek aan ijkpunt te onbepaald om als delictsbestanddeel te kunnen fungeren en het is ook te onduidelijk welke misstand hier nu eigenlijk wordt bestreden. Het is aan de aandeelhouders om over hun belang te waken en overigens geeft het huidige art. 347 Sr al bescherming tegen schending van statutaire bepalingen.

In de Memorie van Toelichting[5] wordt nog gewezen op twee gevallen waarin de voorgestelde bepalingen nuttig zouden kunnen zijn. Enerzijds is denkbaar dat een bedrijf van de ondergang wordt gered door de overheid of een private partij zonder dat faillissement volgt, anderzijds biedt de bepaling een handvat voor de opsporingsdiensten en het OM om al op te treden voordat het faillissement is uitgesproken ("afglijdscenario") en aldus eventueel een faillissement te voorkomen. INSOLAD is van mening dat deze specifieke gevallen geen aanleiding kunnen zijn voor zo ruime bepalingen als thans voorgesteld in art. 347-2 en 3 Sr. Bij redding door private partijen zullen middelen als een enquêteverzoek en dreiging met bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW veel effectiever zijn om die redding af te dwingen dan strafrechtelijke middelen en hetzelfde geldt voor het voorkomen van een faillissement in een afglijdscenario. Redding door de overheid blijft natuurlijk zeer uitzonderlijk en rechtvaardigt geenszins dit paardenmiddel.

Internationale aspecten

De huidige artikelen 340 sub 3, 341 sub a sub 4 en b sub 4, 342 sub 3 en 343 sub 4 verwijzen voor de administratie- en bewaarverplichtingen e.d. naar bepalingen in het BW en de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen. Dat betekent dat die bepalingen niet van toepassing zijn op faillissementen van buitenlandse vennootschappen uit andere EU-lidstaten en ook niet op faillissementen van andere buitenlandse vennootschappen die niet onder de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen vallen. Een belangrijke verbetering in het Voorontwerp is dat deze verwijzingen niet zijn gehandhaafd en in art. 344a Sr naar "wettelijke verplichtingen" wordt verwezen, hetgeen ook vennootschapsrechtelijke verplichtingen naar buitenlands recht kunnen zijn, indien het gaat om een buitenlandse rechtspersoon.

[5] Blz. 11.

Het ontwerp houdt echter geen rekening met insolventieprocedures naar buitenlands recht indien het bestuur handelingen als in het Voorontwerp bedoeld in Nederland heeft verricht. Dat brengt bijvoorbeeld met zich dat, indien een rechtspersoon een hoofdvestiging heeft in Frankrijk en een nevenvestiging in Nederland en een Franse insolventieprocedure wordt geopend, de bestuurders alleen strafrechtelijk in Nederland kunnen worden vervolgd indien eerst een territoriaal Nederlands faillissement wordt geopend onder art. 3-2 Insolventieverordening, hetgeen de faillissementsafwikkeling ongewenst gecompliceerd kan maken. INSOLAD is derhalve van mening dat het aanbevelenswaardig is een bepaling op te nemen om de bepalingen mede van toepassing te maken op buitenlandse insolventieprocedures die tot liquidatie leiden.

Amsterdam, 3 februari 2014